

Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit

Astrid Epiney/Robert Mosters

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2007/2008, Zürich/Bern 2008, S. 55-92. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17, und 18 EGV)
 - I. Anwendbarkeit der RL 64/221
 - II. Ausbildungsförderung für Studien im Ausland
 - III. Abgabenrechtliche Aspekte
- C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)
 - I. Wohnsitzklausel als Voraussetzung für den Bezug von Leistungen sozialer Sicherheit
 - II. Zugang zur Ausbildung
 - III. Gebühr für private Arbeitsvermittlung
 - IV. Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern
- D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EGV)
 - I. Marktzugangsregelungen
 - II. Arbeitnehmerentsendung
 - III. Zur Drittwirkung von Art. 43 EGV
 - IV. Kostenersatz für medizinische Dienstleistungen
 - V. Zur Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit von der Kapitalverkehrsfreiheit
 - VI. Grundfreiheiten und öffentliche Aufträge
 - VII. Pflicht für Kabelnetzbetreiber, bestimmte Programme zu senden, EuGH, Rs. C-250/06 (*United Pan-Europe Communications Belgium*)
 - VIII. Abgaben- und steuerrechtliche Aspekte,
- E. Schlussbemerkung

A. Einleitung

Der folgende Beitrag¹ soll einen Überblick über die wichtigsten Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus dem Jahr 2007 im Bereich der Personenfreizügigkeit und – soweit angebracht – eine kurze rechtliche Bewertung

¹ Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht 2003, 2004/2005, 2005/2006 und 2006/2007 an. Vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit*, in: Epiney/Wyssling (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007* (SJER 2006/2007), 2007, 101 ff.

bieten, die zu weiteren, vertieften Betrachtungen einlädt. Daran anschliessend sollen die Implikationen der besprochenen Urteile für die Schweiz skizziert werden, wobei es hier im Wesentlichen um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)² geht. Denn soweit sich die neuen Urteile des EuGH auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe und Konzepte beziehen, die im FZA aufgegriffen werden (wobei die Beantwortung dieser Frage mitunter sehr komplex sein kann), werden sie häufig auch für die Rechtsentwicklung im Rahmen des FZA relevant sein³.

Thematisch und systematisch ist dabei zwischen den das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17, 18 EGV) betreffenden Urteilen (B.), solchen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EGV (C.) sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 43, 49 EGV (D.) zu unterscheiden. Dabei geht es nicht darum, alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile zu berücksichtigen, so dass gerade keine Vollständigkeit angestrebt wird. Vielmehr sollen nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung im Bereich des Personenverkehrs zentralen und richtungsweisenden Urteile einbezogen werden, wobei diejenigen Urteile, die schwerpunktmässig steuer- und abgabenrechtliche Aspekte betreffen, weitgehend ausgespart werden⁴.

B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17 und 18 EGV)

I. Anwendbarkeit der RL 64/221

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-50/06, *Kommission/Niederlande*)

In der Rs. C-50/06⁵ ging es um die Anwendungsvoraussetzungen der RL 64/221⁶ zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Zur Debatte stand die Frage, ob sich auch solche Personen auf die Richtlinie berufen können, die sich nicht rechtmässig in einem

² Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114, 6 ff.

³ Gemäss Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der EG, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden. Soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, ist laut Art. 16 Abs. 2 FZA die vor der Unterzeichnung des FZA am 21.6.1999 ergangene einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Zur Relevanz der „neuen“, also nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangenen Rechtsprechung des EuGH, *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

⁴ Vgl. insoweit den Beitrag von *Xavier Oberson/Jean-Frédéric Maraia* (in diesem Band).

⁵ EuGH, Rs. C-50/06, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2007, I-4383.

⁶ RL 64/221 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. 1964, Nr. 56, 850.

anderen EU-Mitgliedstaat aufhalten. Relevant wird dies insbesondere in Fällen, in denen solche Personen strafrechtlich verurteilt werden und die einschlägigen nationalen Regelungen – wie dies in den Niederlanden der Fall war – einen systematischen und automatischen Zusammenhang zwischen einer strafrechtlichen Verurteilung und einer Ausweisungsmassnahme herstellen, was nach der RL 64/221 und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH gegen das Gemeinschaftsrecht verstösst⁷, wie der EuGH im Übrigen auch in der Rs. C-50/06 bestätigt. Ausgehend von dem Grundsatz, dass die Garantien der RL 64/221 hinsichtlich ihres persönlichen Anwendungsbereichs weit auszulegen seien⁸, müssten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass alle Staatsangehörigen, gegen die eine Ausweisungsmassnahme ergangen ist, in den Genuss des Schutzes der RL 64/221 kommen. Würden Unionsbürger, die keinen rechtmässigen Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Aufenthaltsmitgliedstaates haben, vom Anwendungsbereich der RL 64/221 ausgeschlossen, verlöre diese im Wesentlichen ihre praktische Wirksamkeit.

Inzwischen wurde die RL 64/221 in der Gemeinschaft durch die RL 2004/38 über die Freizügigkeit der Unionsbürger⁹ abgelöst, die jedoch in Bezug auf die hier relevante Frage parallele Garantien enthält und auf die sich die Erwägungen des EuGH wohl übertragen lassen. Es ist daher davon auszugehen, dass auch der Anwendungsbereich der RL 2004/38 entsprechend umfassend auszulegen ist.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die durch das Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechte dürfen gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA wie im Gemeinschaftsrecht nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Dabei ist gemäss Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA die Richtlinie 64/221 anwendbar und die hierzu bis zum 21.6.1999 ergangene EuGH-Rechtsprechung nach Art. 16 FZA bei der Auslegung zu berücksichtigen¹⁰. Die Richtlinie wird im Rahmen des Abkommens trotz ihrer innergemeinschaftlichen Aufhebung anwendbar bleiben, sofern die Vertragsparteien das Abkommen nicht durch eine völkervertragsrechtliche Regelung ändern¹¹. Das Urteil stellt im

⁷ Vgl. dazu EuGH, Rs. C-348/96, *Calfa*, Slg. 1999, I-11; EuGH, Rs. C-441/02, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2006, I-3449, Rn. 33.

⁸ Vgl. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-459/99, *MRAX*, Slg. 2002, I-6591, Rn. 101; EuGH, Rs. C-503/03, *Kommission/Spanien*, Slg. 2006, I-1097, Rn. 43 f.

⁹ RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77.

¹⁰ Vgl. ausführlich zu den im Rahmen des Abkommens zu beachtenden Auslegungsgrundsätzen *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Epiney/Rivière (Hrsg./éds.), *Auslegung und Anwendung von Integrationsverträgen/Interprétation et application des « traités d'intégration »*, 2006, 57, 61 ff.

¹¹ Änderungen durch blossen Beschluss des Gemischten Ausschusses sind gemäss Art. 18 FZA nur bei den Anhängen II und III, nicht jedoch bei Anhang I möglich.

Wesentlichen eine Anwendung der bereits vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung¹² dar und dürfte daher auch im Rahmen des Abkommens zu übernehmen sein.

II. Ausbildungsförderung für Studien im Ausland

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan*)

In den verb. Rs. C-11/06 und C-12/06¹³ ging es um die einschlägigen Regelungen des deutschen Bundesausbildungsförderungsgesetzes (BAföG), wonach ein Vollstudium im Ausland nur unterstützt werden kann, wenn der Student in Deutschland wohnhaft ist und somit täglich zur ausländischen Ausbildungsstätte pendelt oder falls das Auslandsstudium nach einem mindestens einjährigen Studium an einer deutschen Hochschule erfolgt. Der EuGH stellte die Unvereinbarkeit dieser Regelungen mit Art. 17 und 18 EGV fest. Es handle sich (wenig überraschend) um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt, da es um ein Studium im Ausland gehe und sich Unionsbürger auch gegenüber ihrem eigenen Staat auf Art. 18 EGV berufen könnten, wenn dieser ihre Freizügigkeit beschränke. Dies sei hier in der Form einer Art „Wegzugsbeschränkung“ gegeben, da die deutsche Regelung aufgrund der mit ihr einhergehenden Unannehmlichkeiten, zusätzlichen Kosten sowie möglichen Verzögerungen des Studiums geeignet sei, die in Deutschland ansässigen Bürger davon abzuhalten, ein Studium im Ausland aufzunehmen. Eine Rechtfertigung aus den von Deutschland geltend gemachten Gründen – Gewährung des BAföG nur für geeignete Studierende, Ermöglichung der Überprüfung (für die Studierenden) der „richtigen Wahl“ des Studienfaches, Förderung des Auslandsstudiums im Falle der Rückkehr von Studierenden nach Deutschland, Verhinderung der Kumulierung von Ausbildungsförderungen sowie Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des BAföG – für das Erfordernis einer mindestens einjährigen Ausbildung in Deutschland komme für die drei erstgenannten Gründe schon deshalb nicht in Betracht, weil die Massnahme zur Verfolgung der angestrebten Zielsetzung nicht geeignet sei bzw. die Ziele nicht im Zusammenhang mit derselben stünden. Was die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des BAföG anbetrifft, sei es zwar „legitim“, dass ein Mitgliedstaat Studienbeihilfen nur solchen Studierenden gewährt, die nachgewiesen haben, dass sie sich bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staates „integriert“ haben, um eine übermäßige Belastung des Systems mit Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Studienbeihilfen zu verhindern.¹⁴ Diese Erwägungen könnten auch für die Gewährung von

¹² Vgl. insbesondere EuGH, Rs. 222/ 86, *Heylens u. a.*, Slg. 1987, 4097, Rn. 14-16; EuGH, Rs. C-97/ 91, *Borelli*, Slg. 1992, I-6313, Rn. 14, fortgeführt in EuGH, Rs. C-226/99, *Siples*, Slg. 2001, I-277, Rn. 17.

¹³ EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan*, Slg. 2007, I-9161.

¹⁴ Dies im Anschluss an EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119. Zu diesem Urteil bereits Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2005/2006, 73 (74 ff.).

Studienbeihilfen an Studierende, die ein Studium in anderen Mitgliedstaaten absolvieren, zum Zuge kommen. Allerdings seien die Beschwerdeführer der Ausgangsverfahren, die in Deutschland aufgewachsen waren und dort ihre Schulzeit verbracht hatten, dort jedenfalls hinreichend integriert, so dass das Erfordernis einer ersten Ausbildungsphase in Deutschland zu „allgemein und einseitig“ sei, da allein dieser Gesichtspunkt für den Grad der Integration nicht zwingend aussagekräftig sei, so dass die Massnahme nicht erforderlich sei.

Dieses Urteil schränkt den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Kriterien, die für die Gewährung von Ausbildungsbeihilfen zum Zuge kommen können, weiter ein:

- Erstens ist kommt es auf tatbestandlicher Ebene für einen Verstoß gegen Art. 18 EGV – im Gegensatz zu Art. 12 EGV – nicht auf den Nachweis einer Diskriminierung an; ebenso wenig muss die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts nachgewiesen werden. Vielmehr reicht es bereits aus, dass die Ausgestaltung der nationalen Ausbildungsförderung die in Art. 18 EGV gewährleistete Freizügigkeit beschränken kann, wobei – entsprechend der Situation bei den Grundfreiheiten – die grundsätzliche Möglichkeit einer solchen beschränkenden Wirkung ausreichend ist.
- Zweitens dürfte das Urteil den Schluss nahe legen, dass das finanzielle Gleichgewicht des Ausbildungsförderungssystems als Rechtfertigungsgrund nur im Zusammenhang mit dem Erfordernis einer gewissen Integration der Antragsteller im Ausbildungsbeihilfe gewährenden Mitgliedstaat geltend gemacht werden kann; m.a.W. werden die Kriterien, die die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts des Systems für die Versagung des Anspruchs heranziehen können, entsprechend reduziert. Insbesondere kann der Ausbildungsort als solcher keinesfalls eine Rolle spielen, so dass die Mitgliedstaaten für in ihrer Gesellschaft integrierte Personen die Ausbildungsförderung für Studien im In- oder Ausland umfassend gleich behandeln müssen.
- Offen bleiben nach wie vor die genauen Anforderungen, die die Mitgliedstaaten in Bezug auf eine „Integration“ der antragstellenden Person stellen können, wobei bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof nicht (mehr) auf den denkbar unscharfen und juristisch nicht aussagekräftigen Begriff der „gewissen finanziellen Solidarität“ der Mitgliedstaaten¹⁵ zurückgreift, was schon insofern überzeugt, als dieser zur Rechtfertigungsproblematik nichts beiträgt.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Zwar übernimmt das Freizügigkeitsabkommen das Konzept der Unionsbürgerschaft als solches nicht, doch haben Studierende wie auch andere Nichterwerbstätige nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA ein Aufenthaltsrecht im Gebiet der anderen Vertragsparteien. Ausserdem räumen die Vertragsparteien den Staatsangehörigen der Vertragsparteien gemäss Art. 1 Abs. 2 UAbs. 1 Anhang I FZA das Recht ein, ihr

¹⁵ Vgl. diesen Begriff in EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119.

Hoheitsgebiet gegen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses zu verlassen. Dies dürfte wegen der Zielsetzung des Abkommens, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der EG geltenden Bestimmungen zu verwirklichen, auch für die eigenen Staatsangehörigen der Vertragsparteien gelten. Somit ist es grundsätzlich denkbar, dass auch Wegzugsbeschränkungen für Studierende vom Abkommen erfasst werden. Im übrigen ist bei vergleichbaren Sachverhalten auch eine Verletzung der Diskriminierungsverbote der Art. 2 FZA oder Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA in Betracht zu ziehen, wenn Studierende deshalb schlechter behandelt werden, weil sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, indem sie ein Studium im Ausland aufnehmen. Dabei ist das Abkommen entsprechend der Rechtsprechung zum Gemeinschaftsrecht auch auf eigene Staatsangehörige der Vertragsparteien anwendbar, wenn diese von ihrer Freizügigkeit Gebrauch machen¹⁶.

Allerdings enthält das FZA besondere Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte, die sich insbesondere in den Anhängen finden und einer Übertragung der EuGH-Rechtsprechung für den jeweils ausgeschlossenen Bereich entgegenstehen. Eine solche Einschränkung ist Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ regelt. Nach dem Wortlaut und der systematischen Stellung der Vorschrift dürften unter Unterhaltsbeihilfen soziale Leistungen zu verstehen sein, die speziell für Studierende vorgesehen sind und der Bestreitung des Lebensunterhaltes dienen sollen, wie dies bei den deutschen BAföG-Leistungen der Fall ist. Dabei dürfte es nicht darauf ankommen, ob diese etwa in der Form eines Stipendiums oder eines vergünstigten Darlehens gewährt werden. Bei solchen Leistungen besteht also anders als im Gemeinschaftsrecht kein Anspruch nach dem Abkommen. Die Ausnahmenvorschrift gilt jedoch nicht im Falle von Studierenden, die auf Grund einer anderen Bestimmung des Abkommens über ein Aufenthaltsrecht verfügen, z.B. als Familienangehörige eines Wanderarbeitnehmers, denn Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA verweist ausdrücklich auf „die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“.

III. Abgabenrechtliche Aspekte

1. Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-522/04, *Kommission/Belgien*, Rs. C-104/06, *Kommission/Schweden*)

In zwei Urteilen standen abgabenrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit – wobei neben Art. 18 EGV auch noch Art. 39, 43, 49 EGV betroffen waren – zur Debatte:

- In der Rs. C-522/04¹⁷ schloss der EuGH auf die Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung, die an ausländische Versicherer gezahlte Beiträge zur betrieblichen Altersversorgung steuerlich gegenüber Beiträgen an inländische

¹⁶ Vgl. hierzu BGE 129 II 249, E. 3-5; 130 II 137, E. 3.1-4.2, BG, 2P.130/2004, E. 3.4.

¹⁷ EuGH, Rs. C-522/04, *Kommission/Belgien*, Slg. 2007, I-5701.

Versicherer benachteiligen, mit Art. 18, 39, 43, 49 EGV. Eine Rechtfertigung komme wegen der Unverhältnismässigkeit der Regelungen nicht in Frage¹⁸.

- In der Rs. C-104/06¹⁹ stellte der EuGH die Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung, die die Stundung der geschuldeten Steuer auf den Gewinn aus der Veräusserung von Wohneigentum von der Voraussetzung abhängig macht, dass das neu erworbene Wohnungseigentum im Inland gelegen ist, mit Art. 18, 39, 43 EGV fest. Denn diese Massnahme benachteilige Personen, die in Ausübung ihrer Personenfreizügigkeitsrechte ihren Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen, gegenüber Personen, die dies nicht tun. Einen Rechtfertigungsgrund habe Schweden nicht vorgetragen²⁰.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

In beiden Urteilen stellt der EuGH darauf ab, dass die beanstandeten Regelungen die gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Freizügigkeit der Personen behindern. Somit ergibt sich für die Frage der Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf das FZA die Vorüberlegung, ob dieses ebenso wie das Gemeinschaftsrecht neben Diskriminierungen auch blosse Beschränkungen, also Massnahmen, welche die Ausübung der Freizügigkeitsrechte erschweren oder weniger attraktiv machen, verbietet. Das Abkommen enthält keine Vorschrift, welche ausdrücklich die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder die Niederlassungsfreiheit wortgleich mit den Garantien der Art. 39 Abs. 1 und 43 EGV gewährt. Im FZA finden sich jedoch konkrete Gewährleistungen von einzelnen Aspekten dieser Freizügigkeitsrechte, welche den gemeinschaftsrechtlichen Garantien nachgebildet sind und daher gemäss Art. 16 Abs. 1 und 2 FZA wie im Gemeinschaftsrecht und unter Berücksichtigung der bis zum 21.6.1999 ergangenen EuGH-Rechtsprechung²¹ auszulegen sind. Dazu gehören z.B. das Recht auf Einreise, Ausreise, Aufenthalt und Ausübung einer Erwerbstätigkeit (Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 Anhang I FZA). Eine Beschränkung dieser Rechte, wie sie im vorliegenden Fall gegeben ist, stellt somit bereits einen

¹⁸ S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Rs. C-150/04, *Kommission/Dänemark*, Slg. 2007, I-1163: Verstoss gegen Art. 39, 43, 49 EGV einer nationalen Regelung, wonach das Recht, Beiträge für Lebensversicherungs- und Altersversorgungseinrichtungen von den Steuern abzuziehen, nur für Beitragszahlungen an im Inland ansässige Rentenversicherungsträger, nicht aber für an im EU-Ausland ansässige, gewährt wird.

¹⁹ EuGH, Rs. C-104/06, *Kommission/Schweden*, Slg. 2007, I-671.

²⁰ S. in diesem Zusammenhang (mit Bezug auf Art. 39 EGV) auch EuGH, Rs. C-182/06, *Luxemburg/Lakebrink*, Slg. 2007, I-6705: Unvereinbarkeit mit Art. 39 EGV einer Regelung, wonach es einem Grenzgänger verwehrt ist, in dem Mitgliedstaat, in dem er den wesentlichen Teil seiner steuerpflichtigen Einkünfte bezieht (aber wegen des Wohnsitzes im EU-Ausland gebietsfremd ist), einen Anspruch auf Berücksichtigung von Verlusten aus der Vermietung nicht selbst genutzter Immobilien, die in einem anderen Mitgliedstaat liegen, für die Festlegung des Steuersatzes geltend zu machen, während dies für einen Gebietsansässigen möglich ist.

²¹ Dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit ein allgemeines Beschränkungsverbot enthält, das auch unterschiedslos wirkende Massnahmen verbietet, ist (spätestens) seit der Entscheidung des EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 93 ff., anerkannt, für die Niederlassungsfreiheit spätestens seit EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.

Eingriff in die durch das FZA gewährte Freizügigkeit dar, welcher einer abkommenskonformen Rechtfertigung bedarf. Die Erwägungen des EuGH zur Rechtfertigung dürften wiederum, da sie im Wesentlichen die Grundsätze der alten Rechtsprechung anwenden, in der Sache weitestgehend auch für das Abkommen gelten.

C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)

I. Wohnsitzklausel als Voraussetzung für den Bezug von Leistungen sozialer Sicherheit

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. C-287/05 (*Hendrix*)

Ausgangspunkt des Verfahrens in der Rs. C-287/05²² war die Situation eines Arbeitnehmers, der seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat (von den Niederlanden nach Belgien) verlegt hatte, dabei aber seine abhängige Beschäftigung im Herkunftsmitgliedstaat behielt und später eine andere abhängige Beschäftigung im Herkunftsstaat annahm. Er erhielt jedoch eine unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegende Vergütung. In einem solchen Fall wird der Lohn in den Niederlanden durch eine staatliche Sozialleistung ergänzt, die dem Beschwerdeführer im Ausgangsverfahren jedoch verweigert wurde, da er seinen Wohnsitz nicht in den Niederlanden habe. Der Gerichtshof stellte hier zunächst – in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung²³ – fest, dass der Beschwerdeführer im Gefolge seines Wohnsitzwechsels als Wanderarbeitnehmer im Sinne des Gemeinschaftsrechts anzusehen sei und sich daher umfassend auf die diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Garantien berufen könne. Da Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 – wonach ein Wanderarbeitnehmer die gleichen sozialen Vergünstigungen (unter die auch die hier in Rede stehende Vergünstigung fiel) wie die inländischen Arbeitnehmer genießt – eine besondere Ausprägung des Art. 39 Abs. 2 EGV darstelle, sei diese Bestimmung ebenso wie die Vertragsbestimmung auszulegen, so dass die Rechtmässigkeit des Wohnsitzerfordernisses davon abhängen müsse, dass es objektiv gerechtfertigt und im Hinblick auf das angestrebte Ziel angemessen ist. Im vorliegenden Fall sei die zur Debatte stehende Sozialleistung eng mit dem sozialen und wirtschaftlichen Kontext des betreffenden Mitgliedstaats verbunden, da sie vom Mindestlohn und dem Lebensstandard in diesem abhängen, und es handle sich um eine beitragsunabhängige Sonderleistung. Daher sei die Wohnsitzvoraussetzung grundsätzlich gerechtfertigt; allerdings dürfe die Umsetzung dieser Voraussetzung die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht übermäßig beeinträchtigen. Da es die einschlägige nationale Gesetzgebung erlaube, eine Ausnahme vom Wohnsitzerfordernis im Falle „erheblicher Unbilligkeit“ zu machen und die Mitgliedstaaten solche Vorschriften gemeinschaftsrechtskonform auszulegen haben,

²² EuGH, Rs. C-287/05, *Hendrix*, Slg. 2007, I-6909.

²³ Vgl. EuGH, Rs. C-152/03, *Ritter-Coulais*, Slg. 2006, I-1711, Rn. 31 f.

stehe die Rechtslage in den Niederlanden grundsätzlich mit den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen in Einklang, wobei sich die nationalen Gerichte aber in jedem Einzelfall vergewissern müssten, ob unter Berücksichtigung des Stellenwerts der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der wirtschaftlichen und sozialen Bindungen im Herkunftsstaat eine solche Unbilligkeit gegeben ist.

Das Urteil ist in mehrerer Hinsicht bemerkenswert:

- Zunächst relativiert es die bisherige Rechtsprechung des EuGH, die allgemein davon ausging, dass die Gewährung einer sozialen Vergünstigung im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 nicht von einem Wohnsitzerfordernis abhängig gemacht werden dürfe²⁴. Zwar erwähnt der EuGH diese Rechtsprechung, doch unterlässt er es zu präzisieren, inwiefern eine Abweichung oder zumindest Präzisierung der einschlägigen Urteile anzunehmen ist. Die Formulierungen des Gerichtshofs legen es nahe, dass er davon ausgeht, dass Wohnsitzerfordernisse zulässig sind, sofern sie aus objektiven Gründen gerechtfertigt werden können und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechen. Letztlich dürfte damit aber das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt worden sein.
- Damit in engem Zusammenhang stehend dürfte der Gerichtshof davon ausgehen, dass Durchbrechungen sekundärrechtlicher Garantien jedenfalls immer dann – ggf. auch ohne Anhaltspunkte im Wortlaut des Sekundärrechts – möglich sind, wenn die sekundärrechtlichen Regelungen die Grundfreiheiten verwirklichen wollen und damit Ausprägungen derselben darstellen, wobei aber die in Bezug auf die Grundfreiheiten zum Zuge kommenden Schranken-Schranken zu beachten sind.
- Drittens wird man aus dem Urteil ableiten können, dass Gewährung von Sozialleistungen unter folgenden Voraussetzungen von einem Wohnsitz im Inland abhängig gemacht werden kann: Es muss sich um beitragsunabhängige Leistungen handeln. Diese müssen eine Verbindung mit dem wirtschaftlichen und sozialen Kontext in dem jeweiligen Staat aufweisen, eine Voraussetzung, die regelmässig gegeben sein wird. Sodann muss es die Gesetzgebung ermöglichen, im Einzelfall der Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit Rechnung zu tragen, so dass letztlich Ausnahmen von dem Wohnsitzerfordernis möglich sein müssen, wobei die genauen Anforderungen hier im Dunkeln bleiben. Offenbar reicht – wie in der Rs. C-287/05 – eine sehr allgemeine Bezugnahme auf Ausnahmen im Falle der „Unbilligkeit“.
- Vieles spricht dafür, dass diese Anforderungen auch dann zum Zuge kommen, wenn es um eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Sinne des Art. 12 EGV geht, da diese Bestimmung grundsätzlich auf beitragsunabhängige Sozialleistungen Anwendung finden kann.
- Schliesslich ist bemerkenswert, dass der EuGH nicht auf den rechtlich wenig aussagekräftigen und im Vertrag nicht erkennbaren Begriff der gewissen „finanziellen Solidarität“²⁵ zwischen den Mitgliedstaaten Bezug nimmt,

²⁴ EuGH, Rs. C-57/96, *Meints*, Slg. 1997, I-6689, Rn. 51; EuGH, Rs. C-337/97, *Meeusen*, Slg. 1999, I-3289, Rn. 21.

²⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rn. 44; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119.

obwohl sich dies im Ausgangsfall durchaus angeboten hätte. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Begriff – dessen genaue Tragweite im Rahmen der Anwendung des Art. 12 EGV und der Grundfreiheiten äusserst unklar ist – in der Rechtsprechung auch in Zukunft keine (entscheidende) Rolle mehr spielen und vermieden wird.

b) Rs. C-213/05 (*Wendy Geven*) und Rs. C-212/05 (*Hartmann*)

Auch in den Rs. C-213/05²⁶ und C-212/05²⁷ ging es um die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68, wonach ein Wanderarbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer geniesst. In der zuerst genannten Rechtssache kam der Gerichtshof – entgegen den Anträgen von Generalanwalt *Geelhoed* – zum Schluss, dass diese Bestimmung die Mitgliedstaaten nicht daran hindere, einer Person eine soziale Vergünstigung wie das deutsche Erziehungsgeld nicht zu gewähren, wenn diese lediglich eine sehr geringfügige Tätigkeit in dem jeweiligen Mitgliedstaat ausübt, den Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt aber in einem anderen Mitgliedstaat hat. Denn die zwar gegebene mittelbare Diskriminierung sei aufgrund des Fehlens einer ausreichend ins Gewicht fallenden Erwerbstätigkeit und einer damit einhergehenden fehlenden hinreichend engen Bindung zur deutschen Gesellschaft gerechtfertigt. In der zweitgenannten Rechtssache hingegen stellte der EuGH fest, dass bei einem „echten“ Grenzgänger – der also im Aufnahmestaat einer ins Gewicht fallenden Erwerbstätigkeit nachgeht, aber in einem anderen Mitgliedstaat wohnt – eine soziale Vergünstigung wie das Erziehungsgeld auszurichten sei, da hier ein massgeblicher Beitrag zum deutschen Arbeitsmarkt vorliege²⁸.

Diese Aussagen des Gerichtshofs erinnern an die Problematik im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Verweigerung des Zugangs von Unionsbürgern zu bestimmten Sozialleistungen im Rahmen des Art. 12 EGV: Auch hier stellt der EuGH zumindest bei gewissen Konstellationen auf die „Integration“ der jeweiligen Person in den Mitgliedstaat ab.²⁹ Letztlich geht es denn auch um strukturell parallele Probleme, nämlich die Frage, ob und inwieweit der Zugang zu Sozialleistungen im Falle des Vorliegens einer materiellen Diskriminierung gerechtfertigt werden kann. Man wird aus der Rechtsprechung verallgemeinernd den Grundsatz ableiten können, dass zwar der Wohnsitz allein regelmässig keinen Rechtfertigungsgrund darstellen

²⁶ EuGH, C-213/05, *Wendy Geven*, Slg. 2007, I-6347.

²⁷ EuGH, Rs. C-212/05, *Hartmann*, Slg. 2007, I-6303.

²⁸ In diesem zweiten Fall ist auch noch von Bedeutung, dass der EuGH, im Anschluss an EuGH, Rs. C-152/03, *Ritter-Coulais*, Slg. 2006, I-1712, präzisierte, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt bereits dann vorliege, wenn eine Person immer in einem bestimmten Mitgliedstaat berufstätig war, dann aber (nur) den Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, so dass sie als Wanderarbeitnehmer im Sinne der VO 1612/68 anzusehen ist. Damit bedarf es für die Bejahung des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Sachverhalts letztlich keiner grenzüberschreitenden Ausübung der durch die jeweilige Grundfreiheit gewährten Rechte.

²⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119. Zu diesem Urteil bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2005/2006, 73 (74 ff.).

kann, dass aber eine gewisse Integration bzw. eine hinreichend enge Bindung an den jeweiligen Mitgliedstaat, für deren Vorliegen dann der Wohnsitz ein Kriterium neben anderen bilden kann, als Rechtfertigungsgrund in Frage kommt. Aufgrund der Offenheit derartiger Erwägungen kann es aber im Einzelfall sehr schwierig sein, im Vorfeld zu bestimmen, ob nun eine Verletzung des jeweiligen Diskriminierungsverbots zu bejahen ist oder nicht.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen übernimmt Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 nahezu wörtlich in Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA, so dass die bis zum 21.6.1999 zu diesem ergangene EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung des FZA zu berücksichtigen ist. Sofern die Erwägungen der hier besprochenen Urteile sich nicht bereits ausdrücklich in der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung finden, sprechen dennoch gute Gründe für eine parallele Auslegung des FZA. Soweit der EuGH seine bisherige Rechtsprechung³⁰ relativiert, dass die Gewährung einer sozialen Vergünstigung im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 nicht von einem Wohnsitzerfordernis abhängig gemacht werden dürfe, ist zwar nicht ganz klar, inwiefern es sich um eine Abweichung oder eine Präzisierung der früheren Urteile handelt. Das Abkommen ist aber jedenfalls nicht in der Weise als statisch anzusehen, dass es bei der Auslegung unzulässig wäre, auch neue EuGH-Rechtsprechung zu berücksichtigen³¹. So dürfte es auch der Zielsetzung des Abkommens entsprechen, eine möglichst parallele Auslegung zum Gemeinschaftsrecht vorzunehmen, auch wenn ein neues Urteil eine gemeinschaftsrechtliche Parallelvorschrift enger oder weiter auslegt, als dies der bis dahin überwiegenden Meinung in der Literatur und Praxis entspricht³².

II. Zugang zur Ausbildung

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-40/05, *Lyyski*)

In der Rs. C-40/05³³ stand eine schwedische Regelung zur Debatte, wonach im Hinblick auf die Deckung des Bedarfs an qualifizierten Lehrern der Zugang zu einer

³⁰ EuGH, Rs. C-57/96, *Meints*, Slg. 1997, I-6689, Rn. 51; EuGH, Rs. C-337/97, *Meeusen*, Slg. 1999, I-3289, Rn. 21.

³¹ Vgl. BGE 130 II 1, E. 3.6; 130 II, 131, E. 9.2; 131 II 345, E. 3.1; 132 V 56, E. 2.

³² So übernimmt das Bundesgericht z.B. die *Akrich*-Rechtsprechung des EuGH, obwohl diese die Freizügigkeitsrechte enger auslegt als die bis dahin von der Kommission und der Literatur überwiegend vertretenen Ansicht, vgl. EuGH, Rs. C-109/01, *Akrich*, Slg. 2003, I-9607; BGE 130 II 1, E. 3.6; 130 II, 137, E. 4.3; 134 II 10, E. 3. Siehe hierzu bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2003, 85 (101 ff.; 105 f.); *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 (23 ff.) und weiter unten zum Urteil in der Rechtssache *Jia*.

³³ EuGH, Rs. C-40/05, *Lyyski*, Slg. 2007, I-99.

entsprechenden Aus- bzw. Weiterbildung grundsätzlich nur solchen Personen offenstand, die an einer Schule in Schweden angestellt waren, weshalb einem in Finnland an einer schwedischen Schule angestellten Lehrer mit schwedischer Staatsangehörigkeit der Zugang verweigert wurde. Nachdem der EuGH das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs und die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV im Anschluss an die ständige Rechtsprechung³⁴ bejaht hatte, prüfte er die nationale Regelung – ohne nähere Begründung – ausschliesslich am Massstab des Art. 39 EGV, dies obwohl an sich der Zugang zu einer (Berufs-) Ausbildung in Frage stand. Offenbar war für den Gerichtshof entscheidend, dass diese Ausbildung, die nur an bestimmten Hochschulen angeboten wird, sozusagen unmittelbar zur Qualifikation für eine unbefristete Anstellung als Lehrer führt und letztlich nur Personen offen steht, die bereits (in einem befristeten Arbeitsverhältnis) als Lehrer tätig und damit als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 39 EGV anzusehen sind. Ein weiteres Element dürfte der Umstand sein, dass auf diese Weise Personen, die ihr Recht auf Freizügigkeit durch eine Anstellung in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt hatten, benachteiligt sind, so dass auf diese Weise die Ausübung der Freizügigkeit beeinträchtigt wird bzw. werden kann. Jedenfalls könne der mit dieser Massnahme – die punktueller Natur war – einhergehende Eingriff in Art. 39 EGV grundsätzlich durch das Anliegen der Erhaltung und Verbesserung des Bildungssystems gerechtfertigt werden, da es darum gehe, einem unbestrittenen Lehrermangel Abhilfe zu schaffen. Voraussetzung dafür sei, dass die praktische Ausbildung einen wesentlichen und vorgeschriebenen Teil der Gesamtausbildung darstelle, da diese in einer schwedischen Schule leichter zu überwachen und zu bewerten sei. Allerdings hänge die Frage, ob die Massnahme tatsächlich erforderlich sei, von den genauen Anforderungen hinsichtlich des praktischen Abschnitts der Ausbildung ab, die der EuGH nicht abschliessend beurteilen konnte, wobei er immerhin ernste Zweifel an der Verhältnismässigkeit der Massnahme für den Fall anmeldete, dass jeder an einer schwedischen Schule angestellte Lehrer zugelassen wird, während dies für an Schulen im Ausland angestellte Lehrer nie der Fall ist.

Von Bedeutung ist das Urteil insbesondere deshalb, weil es einmal mehr verdeutlicht, dass Zulassungsbeschränkungen an Universitäten grundsätzlich nicht diskriminierend auszugestalten sind. Somit müssen grundsätzlich alle Unionsbürger an allen in der Union gelegenen Hochschulen unter gleichen Voraussetzungen zugelassen werden. Dieser bislang in der Rechtsprechung lediglich in Bezug auf staatliche Hochschulen entwickelte Grundsatz dürfte angesichts der Bejahung der Drittwirkung des Art. 39 EGV jedenfalls für diskriminierende Massnahmen³⁵ auch für private Hochschulen gelten. Im Übrigen führt die im vorliegenden Urteil zugrunde gelegte weite Auslegung des Schutzbereichs des Art. 39 EGV dazu, dass jedenfalls unter gewissen Voraussetzungen auch nicht diskriminierende Zulassungsbeschränkungen am Massstab des Gemeinschaftsrechts geprüft werden können, da Art. 39 EGV neben dem Diskriminierungsverbot auch ein allgemeines Verbot von Beschränkungen der Freizügigkeit enthält.

³⁴ EuGH, Rs. 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. C-147/03, *Kommission/Österreich*, Slg. 2005, I-5969.

³⁵ EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4161.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Den gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten der Art. 12 und 39 Abs. 2 EGV entspricht im Freizügigkeitsabkommen Art. 2 FZA, der somit unter Berücksichtigung dieser Vorschriften auszulegen ist³⁶. Dementsprechend stellt Art. 2 FZA – parallel zu Art. 12 EGV – als allgemeines Diskriminierungsverbot eine Art Auffangtatbestand dar, der (soweit seine Voraussetzungen gegeben sind) auch und gerade dann greifen kann, wenn die spezielleren Diskriminierungsverbote in den Anhängen des Abkommens nicht einschlägig sind. Daneben dürfte das FZA, wie oben bereits dargelegt, neben Diskriminierungen auch unterschiedslos anwendbare Beschränkungen des Rechts auf Ausreise, Einreise, Aufenthalt und Ausübung einer Erwerbstätigkeit verbieten. Damit sind die Ausführungen des Gerichtshofs, die sich an den bekannten Grundsätzen der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung zur Freizügigkeit orientieren, grundsätzlich auf das Abkommen übertragbar.

Damit dürfte es auf die Frage ankommen, ob auf den vorliegenden Sachverhalt die Ausnahme des Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA anwendbar ist, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ regelt. Dagegen sprechen sowohl der Wortlaut als auch die systematische Stellung der Ausnahmegvorschrift. Da Art. 24 Anhang I FZA ausweislich seiner Überschrift und seines Gewährleistungsgehaltes in erster Linie als Regelung des Aufenthaltsrechts von Nichterwerbstätigen und somit auch nichterwerbstätiger Studierender anzusehen ist, dürften Studierende, die ein Aufenthaltsrecht nach anderen Vorschriften des Abkommens haben, nicht unter die Ausnahmeregelung fallen. Dies ist etwa der Fall, wenn sie als Familienangehörige oder als Erwerbstätige über ein Aufenthaltsrecht nach dem FZA verfügen. Dies trifft auch auf den hier vorliegenden Sachverhalt zu, da der an einer Schule im Ausland beschäftigte Lehrer dort über ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer verfügt. Somit greift in einem solchen Fall die Ausnahme des Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA nicht ein.

III. Gebühr für private Arbeitsvermittlung

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-208/05, *ITC*)

Wie der EuGH in der Rs. C-208/05³⁷ feststellte, ist eine Beschränkung der Erstattung einer Vermittlungsgebühr für eine private Arbeitsvermittlung durch eine nationale Behörde auf die Fälle, in denen die vermittelte Stelle in dem betreffenden Mitgliedstaat sozialversicherungspflichtig ist (was jedenfalls Beschäftigungen in anderen Mitgliedstaaten ausschliesst), mit Art. 39, 49 EGV unvereinbar, wobei sich auch der Arbeitsvermittler selbst auf Art. 39 EGV berufen könne, da nur auf diese

³⁶ BGE 129 I 399, E. 3.2.3. Hierzu und im Zusammenhang mit der Frage nach dem Zugang zu einem Hochschulstudium bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2005/2006, 73 (79 ff.).

³⁷ EuGH, Rs. C-208/05, *ITC*, Slg. 2007, I-181.

Weise die Effektivität des Art. 39 EGV gewährleistet werden könne³⁸. Die aufgrund der „abschreckenden“ Wirkung der fehlenden Erstattung für Stellen im Ausland zu bejahende Beschränkung des Art. 39 EGV könne nicht durch Anliegen der Verringerung der Arbeitslosigkeit, den Schutz der nationalen Sozialversicherungssysteme oder den Schutz des nationalen Arbeitsmarktes gegen den Verlust von Fachkräften gerechtfertigt werden, da eine Gefährdung dieser Interessen bzw. die Eignung der Massnahme zu ihrem Schutz nicht dargetan worden seien und jedenfalls die Erforderlichkeit zu verneinen sei, da eine solche Massnahme letztlich zur „Negierung“ der in Art. 39 EGV verankerten Freizügigkeit führe. Bei letzterer Erwägung dürfte es hingegen weniger um die Erforderlichkeit der Massnahme, denn um die Frage, ob der „Wesensgehalt“ einer Grundfreiheit ausgehöhlt werden darf, gehen. Jedenfalls legen die Erwägungen des EuGH es nahe, dass diesem Gesichtspunkt eine gewisse Bedeutung zukommt und er jeweils bei der Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Massnahme mit den gemeinschaftlichen Grundfreiheiten zu prüfen ist³⁹, wobei es hier wohl weniger um eine „absolute“ Schranke, denn um eine Ausprägung einer Prüfung der Verhältnismässigkeit i.e.S. gehen dürfte. Interessant sind sodann die Ausführungen des Gerichtshofs zur Dienstleistungsfreiheit, soweit die Bejahung des grenzüberschreitenden Bezugs betroffen ist (hinsichtlich der Rechtfertigung wird auf die Erwägungen zu Art. 39 EGV verwiesen): Für dessen Vorliegen reicht es nach Ansicht des Gerichtshofs nämlich aus, dass ein im Inland tätiger Arbeitsvermittler einem im Inland ansässigen Arbeitssuchenden eine Stelle im Ausland vermittelt, womit die Tendenz in der Rechtsprechung zur Herabsetzung der Anforderungen an das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs bestätigt wird⁴⁰, dürfte es doch danach ausreichen, dass „irgendein“ Element des Ausgangssachverhalts einen Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat aufweist.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Für die Frage der Übertragbarkeit des Urteils auf das FZA ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Argumentation des Gerichtshofs neben Art. 39 EGV auch auf die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV Bezug nimmt. Im Freizügigkeitsabkommen ist zwar auch eine Teilliberalisierung des Dienstleistungsverkehrs vorgesehen. Nach Art. 22 Abs. 3, Anhang I FZA sind die Rechte der Dienstleistungserbringer aus Art. 17 lit. a) und 19 Anhang I FZA jedoch nicht anwendbar auf die Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und –verleihunternehmen. Ist ein Vermittlungs- und Verleihbetrieb aus dem In- oder Ausland jedoch einmal zugelassen, spricht nichts dagegen, dass dieser sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit der vermittelten Arbeitnehmer berufen kann. Dass sich

³⁸ Siehe insoweit auch schon EuGH, Rs. C-350/96, *Clean Car*, Slg. 1998, I-2521, wonach sich auch der Arbeitgeber auf Art. 39 EGV berufen kann.

³⁹ S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, wo der EuGH im Zusammenhang mit Art. 18 EGV auf den „Wesensgehalt“ des dort garantierten Freizügigkeitsrechts verweist.

⁴⁰ Vgl. schon EuGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279; EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613.

der Verleiher neben den Arbeitnehmern selbst ebenfalls auf die Grundfreiheit berufen kann, wird in enger Anlehnung an das Urteil in der Rechtssache *Clean Car*⁴¹ mit dem Grundsatz des *effet utile* (der praktischen Wirksamkeit) des Art. 39 EGV begründet, so dass es sich letztlich nur um die konsequente Anwendung der Grundsätze aus der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung handelt, womit das Urteil bei Anwendung und Auslegung des FZA zu berücksichtigen ist.

IV. Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. 1/05 (*Jia*)

In der Rs. C-1/05⁴² ging es um die genaue Tragweite des Urteils des EuGH in der Rs. C-109/01 (*Akrich*)⁴³, in dem der EuGH für den Fall eines mit einer Unionsbürgerin verheirateten Drittstaatsangehörigen feststellte, dass das in Art. 10 VO 1612/68 gewährleistete Recht auf Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen dann nicht zum Zuge kommen könne, wenn kein rechtmässiger Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen im Vorfeld der Berufung auf die Freizügigkeitsrechte begründet worden war. In der Rs. C-1/05 jedoch machte eine Drittstaatsangehörige ein Aufenthaltsrecht geltend, die rechtmässig in einen EU-Mitgliedstaat eingereist war. Daher könne, so der Gerichtshof, das im Urteil *Akrich* formulierte Erfordernis eines vorherigen rechtmässigen Aufenthalts nicht auf eine derartige Fallgestaltung übertragen werden, so dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht verpflichte, die Gewährung eines Aufenthaltsrechts an einen Drittstaatsangehörigen, dessen Familienmitglied von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, an das Erfordernis eines vorherigen rechtmässigen Aufenthalts zu knüpfen.

Weiter legte der EuGH noch die einschlägigen Richtlinienbestimmungen⁴⁴ zur Frage, unter welchen Voraussetzungen einem Familienangehörigen „Unterhalt gewährt“ wird, aus: Danach sei jedenfalls kein rechtlicher Unterhaltsanspruch gefordert, und es sei zu prüfen, ob die Grundbedürfnisse hinreichend gedeckt werden können, wobei dieser Nachweis mit jedem geeigneten Mittel geführt werden könne. Allerdings sei es zulässig, die bloße Verpflichtungserklärung des Gemeinschaftsangehörigen oder seines Ehegatten, dem betroffenen Familienangehörigen Unterhalt zu gewähren, nicht als Nachweis anzuerkennen. Im Gegensatz dazu sei eine Bescheinigung der zuständigen Behörde des Herkunftsstaats, in der bestätigt wird, dass der erforderliche Unterhalt gewährt wird, zum Nachweis der Unterhaltsgewährung besonders geeignet, wenn eine solche auch keine Voraussetzung für die Erteilung des Aufenthaltstitels darstellen dürfe.

⁴¹ EuGH, Rs. C-350/96, *Clean Car*, Slg. 1998, I-2521.

⁴² EuGH, Rs. C-1/05, *Jia*, Slg. 2007, I-1.

⁴³ Hierzu bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2003, 85 (101 ff.).

⁴⁴ Konkret ging es um die RL 73/148 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. 1973 L 172, 14.

Die Tragweite dieses Urteils bleibt – soweit das Erfordernis des rechtmässigen Aufenthalts betroffen ist – unklar, insbesondere angesichts des Urteils *Akrich*. Dies beruht in erster Linie auf dem Umstand, dass der Gerichtshof – im Anschluss an die entsprechende Frage des nationalen Gerichts – nur festhält, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, einen solchen rechtmässigen Aufenthalt vorauszusetzen. Nicht beantwortet wird damit aber die wesentlich interessantere Frage, ob Frau *Jia* bzw. ihre Familienmitglieder aufgrund der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen auch ein Recht auf Aufenthalt aus den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hätte ableiten können. Man wird diese Frage wohl verneinen können: Denn der EuGH stellt im Fall *Akrich* ausdrücklich darauf ab, dass die Familiennachzugsregelungen dazu dienen sollen, die Freizügigkeit zu fördern, indem dieser nicht durch fehlende Familiennachzugsmöglichkeiten Grenzen gesetzt werden. Reist nun eine Person erstmals rechtmässig mit einem Besuchsvisum in das Unionsgebiet ein, um sich – wie im Ausgangsfall – bei ihrem Sohn und der Schwiegertochter, die ihr Unterhalt gewähren, niederzulassen, dürfte gerade dieser Bezug zur Freizügigkeit fehlen, da gerade keine grenzüberschreitende Bewegung zwischen zwei Mitgliedstaaten stattgefunden hat, so dass sich aus den einschlägigen sekundärrechtlichen Regelungen kein Aufenthaltsrecht eines solchen Familienangehörigen ergibt. Zutreffenderweise hält der EuGH aber auch fest, dass es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten jedenfalls nicht verwehrt, in solchen Konstellationen einen Aufenthalt zu gewähren.

b) Rs. C-291/05 (*Eind*)

In der Rs. C-291/05⁴⁵ stand die Frage im Vordergrund, unter welchen Voraussetzungen ein Familienangehöriger mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaates (konkret ging es um die minderjährige Tochter) ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aufgrund des Art. 10 VO 1612/68 hat, wenn der Wanderarbeitnehmer sein Ursprungsland zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in einem anderen EU-Mitgliedstaat verlassen hat, dort ein drittstaatsangehöriges Kind vom Ursprungsstaat nachziehen lässt, dann aber wieder in sein Heimatland zurückgeht, ohne aber einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Der Gerichtshof präziserte – ausgehend von dem Grundsatz, dass das Recht auf Familienzusammenführung aus Art. 10 VO 1612/68 kein originäres Freizügigkeitsrecht darstelle, sondern dem Wanderarbeitnehmer diene – zunächst, dass das Recht eines Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Gemeinschaftsarbeitnehmers ist, bei diesem zu wohnen, nur in dem Mitgliedstaat in Anspruch genommen werden könne, in dem der Arbeitnehmer wohnt, so dass die Wirkungen einer auf dieser Grundlage erteilten Aufenthaltsgenehmigung auf den betreffenden Mitgliedstaat beschränkt blieben. Daher könne dem Drittstaatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat nicht schon deshalb ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage von Art. 10 VO 1612/68 zustehen, weil er vorher in einem anderen Mitgliedstaat eine entsprechende Aufenthaltsgenehmigung hatte.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-291/05, *Eind*, Urteil vom 11.12.2007.

Allerdings könne einem Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt in seinem Heimatstaat weder versagt noch Bedingungen unterworfen werden, wenn er nach einer Beschäftigung als Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat dorthin zurückkehren möchte. Denn dieses Rückkehrrecht sei im Hinblick auf die praktische Wirksamkeit des Rechts auf Freizügigkeit notwendig, da die fehlende Sicherheit über ein solches Rückkehrrecht den Arbeitnehmer davon abhalten könne, in einem anderen Mitgliedstaat eine Stelle anzunehmen. Diese abschreckende Wirkung könne weiter auch durch die blossе Aussicht für den Arbeitnehmer hervorgerufen werden, dass nach seiner Rückkehr in den Herkunftsmitgliedstaat ein Zusammenleben mit nahen Angehörigen, das etwa durch Heirat oder Familienzusammenführung im Aufnahmemitgliedstaat aufgenommen worden ist, nicht fortgesetzt werden könnte. Daher verfüge auch ein Familienangehöriger unter den Umständen des Ausgangsfalls das Recht, bei dem ehemaligen Wanderarbeitnehmer im Herkunftsmitgliedstaat Wohnung zu nehmen, auch wenn dieser nicht wirtschaftlich tätig ist. Für ein solches Aufnahmerecht seien die in Art. 10 Abs. 1 lit. a VO 1612/68 genannten Bedingungen „entsprechend“ anzuwenden.

Damit leitet der EuGH also offenbar direkt aus Art. 39 EGV sowohl ein „Rückkehrrecht“ ehemaliger Wanderarbeitnehmer als auch ein Familiennachzugsrecht ab, die letztlich keinen Bedingungen unterworfen werden dürfen, so dass das Urteil impliziert, dass all diejenigen Familienangehörigen, mit denen der betreffende (ehemalige) Wanderarbeitnehmer im Aufnahmestaat gelebt hat, auch ein entsprechendes voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht im Herkunftsstaat geniessen. Immerhin wird man aus dem Urteil auch ableiten können, dass diese Nachzugsrechte – abgeleitet letztlich aus der Effektivität des Art. 39 EGV – nicht weiter gehen können als diejenigen für Arbeitnehmer auf der Grundlage der VO 1612/68.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Wegen der unklaren Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Jia* lassen sich daraus nur schwer Schlussfolgerungen für die Auslegung des FZA ableiten. Das schweizerische Bundesgericht hat die *Akrich*-Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung des dem Art. 10 Abs. 1 lit. a VO 1612/68 nachgebildeten Art. 3 Anhang I FZA übernommen⁴⁶. In einem Urteil vom 30. November 2007 stellte es fest, dass sich an dieser Auslegung durch das Urteil *Jia* nichts geändert habe⁴⁷. Dieses Ergebnis entspricht den obigen Ausführungen zum Urteil des EuGH. In dem vom Bundesgericht entschiedenen Fall ging es um einen libyschen Staatsangehörigen, dem bereits 1997 der vorläufige Aufenthalt in der Schweiz erlaubt worden war und der in der Folge mehrfach strafrechtlich verurteilt worden war. Er stellte gestützt auf den Familiennachzug, weil er im Jahr 2005 eine portugiesische Staatsangehörige mit einer Niederlassungsbewilligung für die Schweiz geheiratet hatte, ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA. Das Bundesgericht verneinte zunächst den rechtmässigen Aufenthalt des Libyers, da er zwar in der Schweiz wohnhaft, jedoch aufgrund seiner Straftaten rechtskräftig ausgewiesen worden war. Anschliessend

⁴⁶ BGE 130 II 1, E. 3.6; 130 II, 137, E. 4.3; 134 II 10, E. 3.

⁴⁷ BGE 134 II 10, E. 3.

referiert das Bundesgericht die erwähnten Urteile des EuGH und kommt zum (vorläufigen) Schluss, dass im Ausgangssachverhalt die Anwendung der Regeln über den Familiennachzug wohl nicht in Betracht komme, dies auch in Anbetracht der Rechtsprechung in der Rs. C-1/05, da jedenfalls ein unrechtmässiger Aufenthalt vorliege. Dabei hält das Gericht aber auch fest, dass die Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich sehr schwierig auszulegen sei, eine Feststellung, der man kaum widersprechen kann. Aber auch unabhängig von diesen Auslegungsproblemen gehe es hier um nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung, die für das Bundesgericht nicht verbindlich sei. Des Weiteren fügt das Bundesgericht in seiner Begründung an, dass, würde es seine Rechtsprechung des BGE 130 II 1 ändern, Schweizer Bürgerinnen und Bürger, die unter das seit dem 1. Januar 2008 in Kraft getretene Ausländergesetz⁴⁸ fallen, gegenüber den Unionsbürgern wiederum schlechter behandelt würden, was der Gesetzgeber mit der im Ausländergesetz vorgenommenen Änderung der Familiennachzugsregelung für Schweizerinnen und Schweizer gerade beseitigen wollte. Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht daher den Anspruch des libyschen Staatsangehörigen auf eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA gestützt auf Art. 3 Anhang I FZA und hielt an seiner Rechtsprechung bezüglich des Erfordernisses eines rechtmässigen Aufenthaltes fest.

Der in der Rechtssache *Eind* bejahte Anspruch des Familienangehörigen auf Rückkehr in den Heimatstaat des Wanderarbeitnehmers lässt sich wohl auf das FZA übertragen. Zum einen ist der Art. 3 Anhang I FZA dem Art. 10 Abs. 1 lit. a VO 1612/68 nachgebildet und daher ebenso wie dieser auszulegen. Zum anderen wäre das Recht des Wanderarbeitnehmers auf Aufenthalt und Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in einem anderen Vertragsstaat, welches wie bereits festgestellt als Beschränkungsverbot zu verstehen ist, in seiner Wirksamkeit ebenfalls beeinträchtigt, wenn der Arbeitnehmer nach Beendigung seiner Tätigkeit nicht in den Heimatstaat zurückziehen und seine Familienangehörigen nachziehen lassen könnte. Da sich bereits aus der „alten“ Rechtsprechung ergibt, dass die Bestimmungen über die Freizügigkeit mit Blick auf ihre praktische Wirksamkeit und daher grundsätzlich weit auszulegen sind, stellt das Urteil des EuGH lediglich eine Konkretisierung dieser Grundsätze dar. Zwar handelt es sich um eine neu entschiedene konkrete Frage, die im Rahmen des Abkommens jedoch unter Berücksichtigung auch der durch den EuGH in der früheren Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Auslegung der Freizügigkeitsbestimmungen zu entscheiden ist.

D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EGV)

I. Marktzugangsregelungen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (*Placanica*)

⁴⁸ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20.

In den verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04⁴⁹ ging es um die Vereinbarkeit der italienischen Regelungen über gewisse Glücksspiele – wonach deren Organisation und das Sammeln von gewissen Wetten Personen mit einer Konzession (deren Zahl begrenzt ist und die durch Ausschreibungen vergeben werden, an denen nur bestimmte Wirtschaftsteilnehmer teilnehmen können) vorbehalten ist und einer polizeilichen Genehmigung bedarf, wobei die Nichtbeachtung dieser Regelungen strafrechtlich sanktioniert wird – mit Art. 49, 43 EGV. Zwar könne ein Konzessionssystem der Vorbeugung von Betrugereien dienen, doch könne das Ziel der Erhöhung von Staatseinnahmen jedenfalls kein zwingendes Allgemeininteresse darstellen. Die konkrete Prüfung der Verhältnismässigkeit verwies der EuGH an das nationale Gericht zurück. Jedenfalls sei der Ausschluss von Kapitalgesellschaften, deren Anteile auf reglementierten Märkten gehandelt werden, wegen fehlender Erforderlichkeit mit Art. 43, 49 EGV unvereinbar.

Verallgemeinernd wird man aus diesem Urteil – das übrigens klarstellen dürfte, dass die Glücksspielpolitik in einem Mitgliedstaat immer gesamthaft zu betrachten ist – schliessen können, dass den Mitgliedstaaten zwar in Bezug auf das totale Verbot gewisser Glücksspiele ein gewichtiger Gestaltungsspielraum zusteht⁵⁰. Es ist ihnen hingegen grundsätzlich verwehrt, derartige Glücksspiele nur gewissen Anbietern vorzubehalten, denn solche Massnahmen genügen in der Regel nicht den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, da derartige Beschränkungen eben nicht grundsätzlich etwas an der Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch solche Spiele ändern, es sei denn sie verminderten tatsächlich die Gelegenheiten zum Spiel und begrenzten die Tätigkeiten in diesem Bereich „kohärent und systematisch“. Damit wird der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten insoweit erheblich eingeschränkt, was auf der Linie des Urteils in der Rs. C-243/01⁵¹ liegt. Allerdings dürfte die „Zurückweisung“ der Verhältnismässigkeitsprüfung an das nationale Gericht dazu führen, dass die vom EuGH entwickelten Kriterien in einzelnen Mitgliedstaaten gleichwohl unterschiedlich angewandt werden (können).

b) Rs. C-456/05 (*Kommission/Deutschland*)

In der Rs. C-456/05⁵² stand die Vereinbarkeit der deutschen Regeln für die Tätigkeit von Psychotherapeuten im Rahmen des vertragsärztlichen Systems mit Art. 43 EGV zur Debatte. Da die für die Zulassung eines Psychotherapeuten für eine Tätigkeit im vertragsärztlichen System vorgesehene Übergangs- und Bestandsschutzregelung – die im Wesentlichen vorsieht, dass Psychotherapeuten in einem Gebiet, in dem die Quote notwendiger Psychotherapeuten überschritten ist, nur dann in ein vertragsärztliches System übernommen werden, wenn sie während eines Referenzzeitraums in einer Region Deutschlands niedergelassen waren und in eben

⁴⁹ EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, Slg. 2007, I-1891.

⁵⁰ Denn solche Verbote können zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, wie Verbraucherschutz, Betrugsvorbeugung und Verhinderung von Überschuldung dienen, vgl. EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039; EuGH, Rs. C-124/97, *Läärä*, Slg. 1999, I-6067.

⁵¹ EuGH, Rs. C-243/01, *Gabelli*, Slg. 2003, I-13031.

⁵² EuGH, Rs. C-456/05, *Kommission/Deutschland*, Urt. v. 6.12.2007.

dieser Region einen Antrag auf Zulassung stellen müssen – dazu führe, dass die in anderen Mitgliedstaaten während eines Referenzzeitraums erworbene Berufserfahrung nicht anerkannt wird, sei ein Eingriff in Art. 43 EGV gegeben. Dieser könne auch nicht gerechtfertigt werden: Zwar sei der Bestandsschutz, der in der Wahrung eines aus einer mehrjährigen Berufstätigkeit hervorgegangenen Patientenstamms besteht, ein zwingender Grund des Allgemeininteresses. Allerdings sei sie nicht erforderlich, da auch die Zulassung von Personen mit Berufserfahrung ausserhalb Deutschlands diesen Bestandsschutz nicht gefährdet hätte. Ein Einbezug von Personen mit Berufserfahrung im Ausland hätte zwar zu einer höheren Zahl von Psychotherapeuten mit bedarfsunabhängiger Kassenzulassung führen können; allerdings wäre die Zahl der betroffenen Psychotherapeuten sehr begrenzt gewesen, und im Übrigen habe der deutsche Gesetzgeber auch ansonsten keine zahlenmässige Höchstgrenze festgelegt. Deutlich wird damit, dass es hier weniger um die Erforderlichkeit der deutschen Massnahme, denn um ihre Angemessenheit – also die Verhältnismässigkeit i.e.S., die ansonsten in der Rechtsprechung des EuGH eine zu vernachlässigende Rolle spielt – gehen dürfte, was auch durch verschiedene Erwägungen des EuGH gestützt wird. So weist der EuGH insbesondere darauf hin, auch die im Ausland angesiedelten Psychotherapeuten hätten es „verdient, in Deutschland in den Genuss des Schutzes ihrer vertragsärztlichen Tätigkeiten zu gelangen“, und stellt daran anschliessend fest, etwas anderes könne nur dann gelten, wenn dieser Schutz die Übergangsregelungen ihres Sinns und Zwecks, einer begrenzten Zahl von Psychotherapeuten eine bedarfsunabhängige Kassenzulassung zu ermöglichen, beraube.

c) Rs. C-393/05 (*Kommission/Österreich*) und Rs. C-404/05 (*Kommission/Deutschland*)

Die Regelung, wonach private Stellen, die mit der Kontrolle von Erzeugnissen des ökologischen Landbaus betraut sind, eine (Zweit-)Niederlassung gründen müssen, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Zulassung tätig werden wollen – dies ist Gegenstand des einschlägigen Sekundärrechts⁵³ –, war Gegenstand der Rs. C-393/05⁵⁴ und C-404/05⁵⁵. Der Gerichtshof stellte in diesen Fällen zunächst eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs fest, da die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen durch private Kontrollstellen, die nur in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, verunmöglicht werde. Weiter falle die Erbringung dieser Dienstleistungen nicht unter die Bereichsausnahme des Art. 55 EGV i.V.m. Art. 45 Abs. 1 EGV: Denn deren Tragweite beschränke sich auf das, was zur Wahrung der Interessen, deren Schutz diese Bestimmung den Mitgliedstaaten erlaubt, unbedingt erforderlich sei, eine Formulierung, die an Verhältnismässigkeitsgesichtspunkte erinnert. Daher sei die Ausnahmeregelung auf solche Tätigkeiten beschränkt, die als solche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellten, so dass rein helfende

⁵³ Vgl. VO 2092/91 über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse und Lebensmittel, ABl. 1991 L 198, 1.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-393/05, *Kommission/Österreich*, Urt. v. 29.11.2007.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-404/05, *Kommission/Deutschland*, Urt. v. 29.11.2007.

und vorbereitende Aufgaben für eine Einrichtung, die durch den Erlass der abschliessenden Entscheidung tatsächlich öffentliche Gewalt ausübt, nicht als Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt angesehen werden könne. Nach eingehender Erörterung der den privaten Kontrollstellen nach dem einschlägigen Sekundärrecht zukommenden Befugnisse schloss der EuGH, dass die Tätigkeit der privaten Kontrollstellen zwar nicht darauf beschränkt sei, einfache Kontrollen der Konformität von Erzeugnissen des ökologischen Landbaus zu organisieren, sondern auch die Ausübung von Befugnissen in Bezug auf die aus diesen Kontrollen zu ziehenden Konsequenzen umfasst. Jedoch sehe die einschlägige Verordnung die Kontrolle dieser Stellen durch die zuständigen nationalen Behörden vor, so dass die privaten Kontrollstellen ihre Tätigkeit unter aktiver Überwachung durch diese Behörden ausüben, die letztlich die Verantwortung für die Kontrollen und Entscheidungen dieser Stellen tragen. Vor diesem Hintergrund beschränke sich die Rolle der privaten Kontrollstellen auf eine helfende und vorbereitende Rolle und sei nicht als unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Vertrages anzusehen. An dieser Schlussfolgerung ändere auch der Umstand nichts, dass die privaten Kontrollstellen in Deutschland und Österreich mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind oder sein könnten, da eine Ausweitung der Ausnahme des Art. 55 i.V.m. Art. 45 EGV auf einen Beruf als Ganzen nicht zulässig sei, wenn die Tätigkeiten, die ggf. mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, einen abtrennbaren Teil der betreffenden Berufstätigkeit insgesamt darstellten, was bei den privaten Kontrollstellen der Fall sei. Weiter komme auch keine Rechtfertigung des Niederlassungserfordernisses aus Gründen des Verbraucherschutzes in Betracht, da dieses zur Verfolgung des angestrebten Ziels nicht erforderlich sei. Denn das Sekundärrecht sehe Mindestanforderungen für die Überwachung dieser Stellen vor, die den Anliegen des Verbraucherschutzes Rechnung trügen, insbesondere angesichts des Umstandes, dass von in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen privaten Kontrollstellen vor der Aufnahme ihrer Tätigkeit der Nachweis verlangt werden könne, dass sie im Niederlassungsstaat tatsächlich zugelassen sind und über die notwendige Infrastruktur sowie das notwendige Personal für die Leistungen verfügen, die sie im Inland erbringen möchten.

d) Rs. C-465/05 (*Kommission/Italien*)

In der Rs. C-465/05⁵⁶ stellte der EuGH die Unvereinbarkeit verschiedener Aspekte der italienischen Regelungen bezüglich der Tätigkeiten privater Wachpersonen und privater Sicherheitsunternehmen mit Art. 43, 49 EGV fest:

- Erstens dürfe die Tätigkeit als privater Wachmann nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Person einen Treueid auf Italien ableistet.
- Zweitens sei das Erfordernis einer gebietsbezogenen Erlaubnis zur Ausübung der Tätigkeit als privater Sicherheitsdienst dann gemeinschaftsrechtswidrig,

⁵⁶ EuGH, Rs. C-465/05, *Kommission/Italien*, Urt. v. 13.12.2007. S. auch das in mancher Hinsicht parallel gelagerte Urteil EuGH, Rs. C-134/05, *Kommission/Italien*, Slg. 2007, I-6251, wo es um Anforderungen an Unternehmen, die die Tätigkeit der aussergerichtlichen Einziehung von Forderungen ausüben, ging.

wenn dabei die Verpflichtungen, denen solche Dienstleistungserbringer bereits im Herkunftsmitgliedstaat unterliegen, nicht berücksichtigt werden. Gleiches gelte für das Erfordernis einer Erlaubnis für das Personal zur Ausübung der Bewachungstätigkeit, wenn die im Herkunftsmitgliedstaat bereits durchgeführten Kontrollen und Überprüfungen nicht berücksichtigt werden.

- Drittens sei die räumliche Begrenzung einer solchen Erlaubnis und ihre Erteilung unter Berücksichtigung der Zahl und der Grösse der in der Region bereits tätigen Sicherheitsunternehmen nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.
- Gleiches gelte für das Erfordernis, dass die privaten Sicherheitsunternehmen eine Geschäftsniederlassung in jeder Provinz haben müssen, in der sie ihre Tätigkeit ausüben.
- Die Anforderung einer Mindest- oder einer Höchstzahl von Mitarbeitern der privaten Sicherheitsunternehmen als Voraussetzung für ihre Zulassung stehe nicht im Einklang mit den genannten Grundfreiheiten, ebenso wenig wie die Pflicht zur Hinterlegung einer Sicherheit bei einer Bank und die Festlegung der Preise für die privaten Sicherheitsunternehmen durch den Präfekten.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Abkommen gewährt die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA. Dabei geniessen die Erwerbstätigen berufliche und geographische Mobilität (Art. 14 Anhang I) und Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 15 Anhang I). Gemäss Art. 16 Anhang I kann das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden, wenn diese dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Da diese Vorschrift den Art. 45, 55 EGV nachgebildet ist, ist die einschlägige Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung zu berücksichtigen. Das gleiche gilt für die Rechtfertigung, wobei diesbezüglich die von der Rechtsprechung zu Art. 46, 55 EGV und zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls entwickelten Massstäbe heranzuziehen sind. In der Sache stehen die behandelten Urteile in einer Linie mit der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung, so dass das Abkommen diesbezüglich gleich auszulegen sein dürfte. Sofern es in den behandelten Urteilen um die Niederlassungsfreiheit juristischer Personen geht, hängt die Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens insbesondere davon ab, inwieweit dieses überhaupt die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen gewährt. Gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA und Art. 18 Anhang I FZA können sich die nach dem Recht eines Mitgliedstaats der EG oder der Schweiz gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Gebiet einer Vertragspartei haben, zwar auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Demgegenüber legt der die Niederlassungsfreiheit betreffende Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA lediglich fest, dass Staatsangehörige der Vertragsparteien, die sich zwecks Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niederlassen wollen, Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung haben, so dass vieles dafür spricht, dass das Abkommen nur die Freizügigkeit der natürlichen Personen

regelt, während die juristischen Personen nicht erfasst sind⁵⁷. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ausländischen juristischen Personen jedoch zumindest im Umfang der durch das Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechte auch eine Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV zuzugestehen⁵⁸. In dem dort konkret entschiedenen Fall ging es jedoch nur um die Dienstleistungsfreiheit, so dass sich das Bundesgericht zum Umfang der im Abkommen gewährten Niederlassungsfreiheit nicht äussern musste. Da das Freizügigkeitsabkommen damit wohl nur die Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen, nicht aber juristischer Personen regelt, ist sind die diesbezüglichen Feststellungen des EuGH nicht auf das Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Staaten übertragbar.

II. Arbeitnehmerentsendung

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-490/04, *Kommission/Deutschland*)

In der Rs. C-490/04⁵⁹ stellte der EuGH die Unvereinbarkeit von § 3 Abs. 2 des deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes mit Art. 49 EGV fest. Das Gesetz verpflichtete nur die im Ausland ansässigen Zeitarbeitsunternehmen, neben Beginn und Dauer der Arbeitnehmerüberlassung auch den Einsatzort und jeden Wechsel dieses Ortes zu melden. Nach dem Urteil des EuGH handelt es sich um eine nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf ihren Ursprung anwendbare, also offenbar um eine direkt diskriminierende Massnahme. Eine solche könne nur durch die in Art. 46 EGV aufgeführten Gründe gerechtfertigt werden, von denen hier keiner im Betracht komme. Hingegen sei die Pflicht der ausländischen Arbeitgeber, bestimmte Dokumente zu übersetzen und auf der Baustelle des Aufnahmestaates bereitzuhalten, gerechtfertigt, da sie der Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben diene.

Weiter habe die Kommission nicht nachgewiesen, dass § 1 Abs. 3 AEntG gegen Art. 49 EGV verstosse. Die Vorschrift verpflichtet ausländische Arbeitgeber, Beiträge an die deutsche Urlaubskasse abzuführen, wenn sie nicht zu Beiträgen zu einer vergleichbaren Einrichtung an ihrem Sitz herangezogen werden. Insbesondere sei nicht nachgewiesen, dass diese Bestimmung in der Praxis nicht gemeinschaftsrechtskonform angewandt werde, wobei auch die Heranziehung von Verwaltungsabkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Systemen zur Sicherung

⁵⁷ So Peter Gasser, Grundsätzliche Charakteristik des Abkommens über die Freizügigkeit der Personen, inklusive Arbeitslosenversicherung, in: Felder/Kaddous (Hrsg.), *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU (Erste Analysen)*, 2001, 269, 283; Dieter W. Grossen/Claire de Palézieux, *Abkommen über die Freizügigkeit*, in: Thürer/Weber/Zäch (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz – EG*, 2002, 87, 121; relativierend dagegen René Schreiber/Roger Jaun, *EuGH-Urteil zur Wegzugsbesteuerung eine Chance für die Schweiz? Niederlassungsfreiheit höher gewichtet als Besteuerung stiller Reserven*, ST 2004, 769, 772, 776, Fn. 26.

⁵⁸ BGE 131 I 223 E.1.1.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-490/04, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2007, I-6095.

des bezahlten Urlaubs zu berücksichtigen seien. Interessant ist an dieser zuletzt genannten Erwägung insbesondere, dass der EuGH sich nicht auf eine wörtliche Analyse des Gesetzestextes beschränkt, sondern auch die Möglichkeit deren gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung einbezieht. Dies steht im Gegensatz zu manchen älteren Urteilen, in denen massgeblich auf den reinen Wortlaut abgestellt wurde.⁶⁰ Zwar mag dies der Rechtssicherheit nicht immer zuträglich sein. Gleichwohl erscheint es aber sinnvoll, nur in den, wenn auch mitunter schwer eingrenzenden, Fällen von einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts auszugehen, in denen unter Berücksichtigung eines möglichen Auslegungsspielraums der Gesetzeswortlaut keine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung zulässt oder wenn ein Gesetz gemeinschaftsrechtswidrig angewandt wird.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil dürfte hinsichtlich der Meldepflichten des Arbeitgebers auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar sein. Das FZA gewährt ein Einreise- und Aufenthaltsrecht zu Gunsten von Dienstleistungserbringern, wenn die Dienstleistung die Dauer von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr nicht übersteigt oder falls eine behördliche Erlaubnis zur Dienstleistungserbringung erteilt wurde⁶¹. Dieses Recht gilt auch zu Gunsten von Gesellschaften⁶². Dabei kann sich der Arbeitgeber bei der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung auch eigener Beschäftigter mit der Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei oder eines Drittstaates bedienen. Massnahmen, die die Einreise oder den Aufenthalt dieser entsandten Arbeitnehmer beschränken, sind verboten⁶³. Diskriminierungen von Dienstleistungserbringern verbietet Art. 19 Anhang I FZA, wonach diese ihre Tätigkeit unter den gleichen Bedingungen ausüben dürfen wie eigene Staatsangehörige des Empfangsstaates. Subsidiär ist bei der Anwendung der Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit („bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“) das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA zu beachten, welches direkt anwendbar ist. Gemäss Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA ist im Übrigen auch die Entsenderrichtlinie 96/71⁶⁴ im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien des Abkommens anwendbar.

Ähnlich wie nach den streitigen Bestimmungen des deutschen Entsendegesetzes sind Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland nach dem schweizerischen Entsendegesetz verpflichtet, vor Beginn der Dienstleistungserbringung der zuständigen kantonalen Behörde eine Meldung über die Entsendung ihrer Arbeitnehmer einzureichen⁶⁵. Ziel dieser Regelung ist es, die Kontrolle der

⁶⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-131/88, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1991, I-825; EuGH, Rs. C-273/90, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1992, I-5973.

⁶¹ Art. 5 Abs. 1 und 2 FZA, Art. 17 Anhang I FZA.

⁶² Art. 18 Anhang I FZA.

⁶³ Art. 17 lit. b) Anhang I FZA.

⁶⁴ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

⁶⁵ Art. 1 und 6 Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Einhaltung der sog. „flankierenden Massnahmen“ zum FZA zu ermöglichen⁶⁶. Vor Beginn des Einsatzes muss der Arbeitgeber schriftlich und in der Amtssprache des Einsatzortes die für die Durchführung der Kontrollen notwendigen Angaben melden, insbesondere die Identität der in die Schweiz entsandten Personen, die in der Schweiz ausgeübte Tätigkeit und den Ort, an dem die Arbeit ausgeführt wird. Die Arbeit darf frühestens acht Tage, nachdem der Einsatz gemeldet worden ist, aufgenommen werden. Der Bundesrat kann jedoch festlegen, dass in bestimmten Fällen von der Meldung abgesehen oder von der achttägigen Frist abgewichen werden kann.

Da die Regelung nur für ausländische Arbeitgeber gilt und somit eine direkte Diskriminierung darstellt, kann sie gemäss der vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung des EuGH⁶⁷, die gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist, nur durch den geschriebenen Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Art. 46, 55 EGV), nicht aber durch sonstige zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden. Die Notwendigkeit wirksamer Kontrollen, das Interesse eines stärkeren Schutzes der Arbeitnehmer sowie der Hinweis, dass die Meldungen nicht mit übermässigem Aufwand verbunden seien, genügen somit nicht als Rechtfertigung⁶⁸. Die Regelung des Art. 6 EntsG dürfte daher in Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH nicht mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar sein. Allerdings gelten spezifische Ausnahmen von der Dienstleistungsfreiheit für die wichtigen Bereiche der Finanzdienstleistungen und der Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und Verleihunternehmen, die sich somit nicht auf die genannten Rechte berufen können⁶⁹.

III. Zur Drittwirkung von Art. 43 EGV

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-438/05, *International Transport Workers Federation*)

In der Rs. C-438/05⁷⁰ bejahte der EuGH die Drittwirkung des Art. 43 EGV im Falle von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit eines Unternehmens, die durch eine kollektive Massnahme (wie einen Streik im Hinblick auf die Erzwingung des Abschlusses eines bestimmten Tarifvertrages) einer Gewerkschaft verursacht werden, was letztlich mit dem Grundsatz der Effektivität begründet wird. Der

und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – EntsG), SR 823.20. Siehe hierzu auch Art. 6 der Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV), SR 823.201.

⁶⁶ Zu den flankierenden Massnahmen ausführlich *Jürg Marcel Tiefenthal*, Flankierende Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes, Zürich 2008.

⁶⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925, Rn. 24.

⁶⁸ So auch – ohne nähere Begründung, aber in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung zu Art. 46 EGV – EuGH, Rs. C-490/04, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2007, I-6095, Rn. 82 und 87.

⁶⁹ Art. 22 Abs. 3 Anhang I FZA.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-438/05, *International Transport Workers Federation*, Urt. v. 11.12.2007.

Umstand, dass es dabei um die Ausübung des Streikrechts – das als Grundrecht anzusehen sei – gehe, ändere hieran nichts, wobei aber eine Rechtfertigung in Frage komme, könne doch die Durchführung einer kollektiven Massnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer zum Ziel hat, ein berechtigtes Interesse darstellen, das eine Beschränkung der Grundfreiheiten zu rechtfertigen vermöge, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten sei. Keiner Rechtfertigung zugänglich sei jedoch das „isolierte“ Ziel – im Zusammenhang mit dem Kampf gegen Billigflaggen –, die Registrierung von Schiffen in einem anderen Staat als in dem, dessen Staatsangehörigkeit die wirtschaftlichen Eigentümer dieser Schiffe besitzen, zu verhindern.

Das Urteil ist mindestens in dreierlei Hinsicht von grosser Bedeutung:

- Erstens wird die Möglichkeit der Drittwirkung nunmehr auch in Bezug auf Art. 43 EGV bejaht,⁷¹ womit ein weiterer Schritt hin zur „Konvergenz“ der Grundfreiheiten getan wurde, ist doch Art. 43 EGV auch in dieser Beziehung parallel zu den übrigen Personenverkehrsfreiheiten auszulegen. Ob und inwieweit auch Art. 28 EGV Drittwirkung zukommt, ist nach wie vor nicht eindeutig geklärt. In der Rs. C-265/95⁷² dürfte der EuGH diese Frage eher verneinen, bejahte er doch eine Vertragsverletzung Frankreichs wegen Nichteinschreitens gegen private „Störer“. Vor diesem Hintergrund erstaunt es, dass der EuGH in der Rs. C-438/05 zur Bestätigung der Drittwirkung des Art. 43 EGV genau auf dieses Urteil verweist und davon spricht, dass Beschränkungen der Grundfreiheiten auch nichtstaatlichen Ursprungs sein könnten. Dabei dürften die besseren Gründe gegen eine Drittwirkung jedenfalls des Art. 28 EGV sprechen, da dem Vertrag im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr spezifische Pflichten der Privaten zu entnehmen sind (Art. 81 ff. EGV).
- Zweitens bezieht sich die hier bejahte Drittwirkung „einfach“ auf eine private Organisation – die Gewerkschaft – der als solcher keine Regelungsfunktion zukommt, dies etwa im Gegensatz zu Sportverbänden. Es ist davon auszugehen, dass diese Ausdehnung der Drittwirkung jedenfalls auch in Bezug auf Art. 39, 49 EGV anwendbar ist, so dass die Personenverkehrsfreiheiten umfassend zumindest in Bezug auf kollektiv handelnde Personengruppen Drittwirkung entfalten und diese verpflichten, und zwar auch in Bezug auf Beschränkungen, nicht nur in Bezug auf Diskriminierungen.
- Drittens ist nun – in Verbindung mit der Rs. C-341/05⁷³ – auch ausdrücklich klargestellt, dass sich Gewerkschaften umfassend an die gemeinschaftlichen

⁷¹ Vgl. in Bezug auf Art. 39 und 49 EGV nur EuGH, Rs. 36/74, *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405; EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921.

⁷² EuGH, Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-6959.

⁷³ EuGH, Rs. C-341/05, *Laval un Partneri*, Urt. v. 18.12.2007, in dem der EuGH ebenfalls die Einschlägigkeit der Art. 49 EGV auf kollektive Massnahmen von Gewerkschaften bejaht. Weiter stellt er fest, dass ein durch solche Massnahmen ausgelöster Druck, einem Tarifvertrag beizutreten, der günstigere Bedingungen als in der sog. Entsenderichtlinie (RL 96/71) zwingend vorgesehen, die Durchführung von (Bau-) Arbeiten in dem jeweiligen Gebiet weniger attraktiv mache, so dass Art. 49 EGV beschränkt werde. Solche kollektiven Massnahmen könnten jedoch dann nicht durch das Allgemeininteresse des Schutzes der Arbeitnehmer gerechtfertigt werden, wenn die in

Grundfreiheiten zu halten haben und insbesondere dann von kollektiven Massnahmen absehen müssen, wenn die Mindestvoraussetzungen der Entsenderichtlinie (RL 96/71) eingehalten sind.

Offen bleibt auf der Grundlage des Urteils jedoch nach wie vor, ob und inwieweit die im Rahmen des Art. 39 EGV für Diskriminierungen bejahte Drittwirkung auch in Bezug auf einzelne Private⁷⁴ bei den anderen Personenverkehrsfreiheiten ebenfalls zum Zuge kommt und auch auf Beschränkungen Anwendung findet. Ebenso noch ungeklärt sind eine Reihe von „Folgenproblemen“ des Ansatzes einer umfassenderen Drittwirkung, insbesondere diejenige nach der Reichweite der möglichen Rechtfertigungsgründe.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Sofern der EuGH feststellt, dass Art. 43 EGV in Bezug auf die Frage der Drittwirkung parallel zu den übrigen Personenverkehrsfreiheiten auszulegen ist, ist das Urteil nicht überraschend und es fügt sich in die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung ein. Somit ist es naheliegend, diese Auslegung auch für das FZA zu übernehmen. Dass eine private Organisation, auch ohne kollektive Regelungen zu erlassen, an die Grundfreiheiten gebunden sein kann, ist demgegenüber eine Feststellung, die sich nicht eindeutig aus der früheren Rechtsprechung ableiten liess. Insoweit handelt es sich bei dem Urteil tatsächlich um eine Entscheidung einer bisher noch nicht entschiedenen Frage. Zwar beruft sich der EuGH auf die bereits in früheren Urteilen entwickelten Grundsätze und stellt auf die Eignung privater Massnahmen zur Beschränkung der Freizügigkeit ab, doch geht er über die in früheren Urteilen entwickelten Kriterien für die Bindung Privater an die Grundfreiheiten hinaus. Somit ist es denkbar, diese Rechtsprechung als nicht von der Berücksichtigungspflicht des Art. 16 Abs. 2 FZA umfasst nicht zu übernehmen. Für eine Übernahme bei der Auslegung des FZA spricht jedoch, dass eine parallele Auslegung zu den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem Ziel des Abkommens, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der EG geltenden Bestimmungen zu verwirklichen, am besten entsprechen dürfte. Auch zeigt die Tatsache, dass das Ergebnis des EuGH aus einer Anwendung der bisher entwickelten Grundsätze entwickelt wird, dass es sich um eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung in einer zuvor noch nicht entschiedenen Frage, aber nicht um einen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung handelt.

anderen Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistungserbringer die in der RL 96/71 enthaltenen Mindestanforderungen beachten, lege doch die RL 96/71 den Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmass an Schutz im Aufnahmemitgliedstaat fest. Weiter hält der EuGH fest, dass das Verbot für Gewerkschaften, kollektive Massnahme zu ergreifen mit dem Ziel, einen zwischen Dritten geschlossenen Tarifvertrag aufzuheben oder zu ändern, nicht auf Tarifverträge, für die das nationale Recht anwendbar ist, beschränkt werden darf.

⁷⁴

EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4161.

IV. Kostenersatz für medizinische Dienstleistungen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki*)

In der Rs. C-444/05⁷⁵ führte der Gerichtshof seine Rechtsprechung in Bezug auf den Kostenersatz für medizinische Dienstleistungen fort⁷⁶. In dem Urteil ging es um eine griechische Regelung, wonach die Erstattung von Behandlungskosten in ausländischen Privatkliniken in jedem Falle zu verweigern ist, sofern nicht Kinder im Alter von bis zu 14 Jahren betroffen sind. Nach der Feststellung der Einschlägigkeit des Art. 49 EGV für medizinische Dienstleistungen und der Bejahung des Vorliegens einer Beschränkung derselben durch die mitgliedstaatliche Regelung verneinte der Gerichtshof eine Rechtfertigung. Zwar könnten mehrere Gründe eine solche Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich rechtfertigen, so insbesondere die Sicherstellung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit, die Aufrechterhaltung einer ausgewogenen, allen zugänglichen ärztlichen und klinischen Versorgung sowie die Erhaltung eines bestimmten Umfangs der medizinischen und pflegerischen Versorgung bzw. eines bestimmten Niveaus der Heilkunde im Inland. Jedoch sei die Massnahme des absoluten Verbots keinesfalls erforderlich für die Verfolgung der entsprechenden Ziele, da es weniger einschneidende Massnahmen gebe, so insbesondere ein System vorheriger Genehmigungen. Weiter könne eine mangelnde Qualität ausländischer Privatkliniken nicht angeführt werden, da die in anderen Mitgliedstaaten situierten Privatkliniken ebenfalls Qualitätskontrollen unterlägen und die Ausbildung der dortigen Ärzte durch gemeinschaftliche Richtlinien erfasst werde.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das schweizerische Bundesgericht hat festgestellt, dass die passive Dienstleistungsfreiheit, wie sie durch den EG-Vertrag gewährleistet werde, durch das FZA nicht übernommen werde⁷⁷. Somit sei auch die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH nicht zu übernehmen. Der Fall betraf einen von einem Geburtsgebrechen betroffenen Minderjährigen, der eine Kostenerstattung für eine ambulante ärztliche Behandlung in Deutschland beantragt hatte. Anders als noch das Sozialversicherungsgericht Zürich⁷⁸ in einem parallel gelagerten Fall kommt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass sich die passive Dienstleistungsfreiheit nicht aus

⁷⁵ EuGH, Rs. C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki*, Slg. 2007, I-3185.

⁷⁶ Zu dieser bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007 (Fn. 1), 101 (120 f.), m.w.N. zur älteren Rechtsprechung.

⁷⁷ BGE 133 V 624, E. 4.3, bestätigt im Urteil I 601/06 vom 12.3.2008, E. 6.

⁷⁸ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 19.2.2004, IV.2003.00221, E. 6. Vgl. schon *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41, 66 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007, 101, 120 f.; ausführlich *Edgar Imhof*, Das Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz und seine Auslegungsmethode – Sind die Urteile Bosman, Kohll und Jauch bei der Auslegung zu berücksichtigen?, ZESAR 2007, 155 ff., 217 ff.

Art. 5 Abs. 3 und 1 lit. b) FZA ableiten lasse. Das FZA sehe nur eine teilweise Liberalisierung der Dienstleistungen vor, die vor allem ein Recht auf Aufenthalt für Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger umfasse. Die Gewährung eines Anspruchs auf ungehinderten Empfang oder Erbringung von Dienstleistungen lasse sich daraus nicht ableiten.

Das Bundesgericht stützt sich in seiner Argumentation insbesondere auf allgemeine Erwägungen zum Zusammenhang der Dienstleistungsfreiheit mit dem Ziel der Errichtung eines Binnenmarktes. Die Rechtsprechung des EuGH zum Anspruch auf Kostenerstattung für medizinische Behandlungen innerhalb der EG gehöre zum Vorhaben, einen Binnenmarkt ohne interne Grenzen zu verwirklichen und werde als wichtiger Schritt in Richtung Realisierung eines „Europa der Patienten“ betrachtet. Das FZA enthalte dagegen keine vergleichbaren Bestimmungen zu der im EG-Vertrag geregelten, dem *acquis communautaire* entsprechenden Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit und zielen einzig auf eine „Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen“ ab. Zutreffend ist insoweit, dass das FZA tatsächlich keine Bestimmungen enthält, die die Vorschriften der Art. 39, 43 oder 49 EGV vollumfänglich wörtlich übernehmen. Richtig ist aber auch, dass wesentliche der durch die Grundfreiheiten verbürgten Rechte durch das FZA garantiert werden und teilweise auch in ihrer Formulierung eng an die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts angelehnt sind. Dies gilt z.B. für die Rechte auf Ausreise, Einreise, Aufenthalt und Ausübung einer Erwerbstätigkeit, welche die wichtigsten Merkmale der Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit umfassen. Diese Rechte sind gemäss Art. 16 Abs. 1 FZA so auszulegen, dass „gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden“. Dabei ist die Rechtsprechung des EuGH vor der Unterzeichnung des Abkommens zu „berücksichtigen“ laut Art. 16 Abs. 2 FZA. Damit ist auch die am Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) orientierte Auslegung des EuGH massgeblich, so dass das Ziel der Errichtung des Binnenmarktes, soweit das Abkommen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts durch Verweisung auf Vorschriften der EG oder durch Anlehnung an diese übernimmt, dem Abkommen nicht fremd, sondern gerade für die Auslegung massgeblich ist. Dies kommt auch in der Präambel des FZA zum Ausdruck, wonach die Freizügigkeit „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“ verwirklicht werden soll.

Das Bundesgericht begründet seine Auslegung des Weiteren damit, dass nach dem Wortlaut des FZA „das Schwergewicht auf die Regelung des Aufenthalts eines Dienstleistungserbringers oder -empfängers gelegt“ werde. So enthalte auch Art. 5 Abs. 2 FZA einzig Bestimmungen zum „Einreise- und Aufenthaltsrecht“. Dieselbe Terminologie finde sich in Abs. 3 von Art. 5, wie auch in Art. 17 des Anhangs I wieder. Art. 23 („Dienstleistungsempfänger“) dieses Anhangs schliesslich regle die Voraussetzungen, die für eine „Aufenthaltserlaubnis“ vorliegen müssten. Abgesehen davon, dass nicht ganz klar wird, was genau unter „Schwergewicht“ zu verstehen und was seine Bedeutung für die Auslegung ist, ist diese Argumentation jedenfalls im Hinblick auf Art. 17 Anhang I FZA fragwürdig, da dort ausdrücklich die „Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen“ von bis zu 90 Tagen verboten wird⁷⁹. Auch der Verweis auf die „Gemeinsame Erklärung über eine

⁷⁹ Art. 17 lit. b) i) Anhang I FZA.

allgemeine Liberalisierung der Dienstleistungen“⁸⁰ in der Schlussakte des Abkommens, wonach die Vertragsparteien sich verpflichten, so bald wie möglich Verhandlungen über eine allgemeine Liberalisierung der Dienstleistungen auf der Grundlage des „gemeinschaftlichen Besitzstandes“ aufzunehmen, ändert daran nichts, da auch bei anderer Auslegung des FZA nur eine Teilliberalisierung der Dienstleistungen besteht (z.B. wegen der 90-Tage-Regel bei der aktiven Dienstleistungsfreiheit und der Ausnahmen des Art. 22 Abs. 3 FZA).

Vor diesem Hintergrund erstaunt der Ansatz des Bundesgerichts, das letztlich ohne eine wirkliche Auseinandersetzung mit den genannten Argumenten davon ausgeht, dass die passive Dienstleistungsfreiheit – im Gegensatz zur Rechtslage im Gemeinschaftsrecht – nicht durch das Abkommen garantiert sei, und die besseren Gründe sprechen für den gegenteiligen Ansatz.⁸¹

V. Zur Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit von der Kapitalverkehrsfreiheit

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Wohnsitzpflicht als Voraussetzung für Grundstückserwerb (Rs. C-370/05, *Festersen*)

In der Rs. C-370/05⁸² stand zunächst die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) von demjenigen der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EGV) zur Debatte. Der Fall betraf eine dänische Regelung, die als Voraussetzung für den Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks das Erfordernis aufstellt, dass der Erwerber auf diesem Grundstück seinen ständigen Wohnsitz begründet. Der EuGH prüfte die Vereinbarkeit einer solchen Vorgabe am Massstab des Art. 56 EGV, nicht ohne den Hinweis darauf, dass die Ausübung des Rechts, im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats Immobilien zu erwerben, die notwendige Ergänzung der Niederlassungsfreiheit darstelle.

In der Sache stelle die fragliche Regelung eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit dar, die nicht gerechtfertigt werden könne. Denn die mit dieser Regelung verfolgten Anliegen des Allgemeinwohls (Bewirtschaftung von Agrarflächen durch die Eigentümer selbst, das Raumordnungsziel einer beständigen Bevölkerung in den ländlichen Gebieten sowie die vernünftige Nutzung der verfügbaren Flächen unter Bekämpfung des Drucks auf den Grundstücksmarkt) könnten entweder durch die Massnahme schon nicht erreicht werden, womit diese ungeeignet zur Verfolgung des Ziels sei, oder aber sie sei nicht erforderlich. Insbesondere könne die fragliche Massnahme zwar den Druck auf den Grundstücksmarkt reduzieren. Die dänische Regierung habe jedoch nicht

⁸⁰ BBl 1999 7108.

⁸¹ Vgl. auch schon, m.w.N., *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 45, 61 f.

⁸² EuGH, Rs. C-370/05, *Festersen*, Slg. 2007, I-01129. Vgl. auch die instruktive Anmerkung zu dem Urteil von *Dirk Buschle*, Anmerkung, EuZW 2007, 218 f.

nachgewiesen, dass eine staatliche Preisregulierung weniger einschränkend wäre, und jedenfalls sei die Erstreckung der Wohnsitzpflicht auf acht Jahre zu weitgehend, da diese Bedingung insbesondere eine dauerhafte Aussetzung der Ausübung der Grundfreiheit der Wohnsitzwahl mit sich bringe.

b) Darlehenszinsen als verdeckte Gewinnausschüttung an eine gebietsfremde Anteilseignerin (Rs. C-492/04, *Lasertec*)

In der Rs. C-492/04⁸³ ging es um eine deutsche Steuerregelung, wonach Darlehenszinsen, die eine im Inland ansässige Kapitalgesellschaft an einen gebietsfremden wesentlichen Anteilseigner, hier eine schweizerische Gesellschaft, die *Lasertec AG*, auszahlt, als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt, die grundsätzlich bei der Darlehensnehmerin besteuert werden. Der EuGH stellte hier fest, dass diese Regelung nicht die Kapitalverkehrsfreiheit, sondern die Niederlassungsfreiheit berühre. Denn nationale Vorschriften über den Besitz von Beteiligungen, die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Beteiligungsgesellschaften auszuüben, fielen unter die Niederlassungsfreiheit. Diese komme jedoch in Bezug auf in Drittstaaten niedergelassene Unternehmen nicht zum Zuge.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Wie bereits dargelegt (oben D.I.2), dürfte das FZA nicht die Niederlassungsfreiheit zu Gunsten von juristischen Personen einräumen, während die Vorschriften betreffend die Dienstleistungsfreiheit auch für diese gelten. Somit erlangt auch die Abgrenzung der Grundfreiheiten Bedeutung für schweizerische Unternehmen in der EU (und Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz). Denn diese können sich in der EU durchaus auf die Vorschriften der Kapitalverkehrsfreiheit berufen. Wird diese wie im Fall *Lasertec* von einer anderen Grundfreiheit verdrängt, ist eine Berufung auf die Kapitalverkehrsfreiheit ausgeschlossen⁸⁴.

VI. Grundfreiheiten und öffentliche Aufträge

1. Rs. C-507/03 (*Kommission/Irland*)

Für (öffentliche) Aufträge in Bezug auf die Erbringung bestimmter Dienstleistungen findet das einschlägige Sekundärrecht⁸⁵ nur sehr beschränkt Anwendung, wie sich

⁸³ EuGH, Rs. C-492/04, *Lasertec*, Slg. 2007, I-3775.

⁸⁴ Vgl. hierzu auch EuGH, Rs. C-452/04, *Fidium Finanz*, Slg. 2006, I-9521. Zu diesem Urteil bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007 (Fn. 1), 101 (114 ff.). Zur Kapitalverkehrsfreiheit mit Bezug zu schweizerischen Unternehmen s. auch EuGH, Rs. C-157/05, *Holböck*, Slg. 2007, I-4051.

⁸⁵ Von Bedeutung ist hier die RL 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. 1992 L 209, 1.

aus den entsprechenden Anhängen der RL 92/50 ergibt. Hintergrund hierfür ist der Umstand, dass diesen Aufträgen wegen ihres spezifischen Charakters *a priori* keine grenzüberschreitende Bedeutung zukommt, die die Anwendung des „ordentlichen“ Ausschreibungsverfahrens rechtfertigen würde. Dies ändert laut dem Urteil des EuGH⁸⁶ aber nichts daran, dass in Bezug auf derartige Aufträge Art. 43, 49 EGV zu beachten sind, wenn an diesen Aufträgen doch ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht. In einem solchen Fall sei eine ohne jede Transparenz erfolgende Vergabe an ein im betreffenden Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen eine Ungleichbehandlung zum Nachteil der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, die an diesem Auftrag interessiert sein könnten.

2. Rs. C-260/04 (*Kommission/Italien*)

In der Rs. C-260/04⁸⁷ stellte der EuGH einen Verstoss gegen Art. 43, 49 EGV fest, da in Italien die 329 Konzessionen für die Annahme von Pferdewetten ohne jegliche Ausschreibung vergeben worden waren. Es sei nicht nachgewiesen, dass diese Regelung dazu beitrage, der Entwicklung heimlicher Aktivitäten in diesem Bereich entgegenzuwirken. Die Gründe der Kontinuität, finanziellen Stabilität und angemessener Renditen, die für eine Vergabe an die bisherigen Inhaber der Konzessionen sprächen, seien keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, die eine Einschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen können.

VII. Pflicht für Kabelnetzbetreiber, bestimmte Programme zu senden, EuGH, Rs. C-250/06 (*United Pan-Europe Communications Belgium*)

Eine sog. „*must carry*“-Regelung war Gegenstand der Rs. C-250/06⁸⁸: Zur Debatte stand eine belgische Regelung, wonach die in Brüssel tätigen Kabelnetzbetreiber bestimmte Fernsehprogramme verbreiten müssen, die von öffentlichen Rundfunkanstalten gesendet werden und / oder die von privaten Rundfunkveranstaltern gesendet werden, die den belgischen Behörden unterstehen und von diesen bezeichnet wurden. Diese Übertragungspflicht („*must carry*“) steht im Zusammenhang mit einer audiovisuellen Politik, die Fernsehzuschauern den Zugang sowohl zu öffentlichen Rundfunkanstalten als auch zu privaten Rundfunkveranstaltern, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, ermöglichen soll. Nachdem der EuGH die Einschlägigkeit des Art. 49 EGV festgestellt hatte, da die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als Dienstleistung im Sinne von Art. 49 EGV anzusehen sei, bejahte er das Vorliegen einer Beschränkung des Art. 49 EGV. Denn den Rundfunkveranstaltern, die nicht in Belgien ansässig sind, wird durch die Übertragungspflicht eine Belastung auferlegt, die die bezeichneten Dienstleistungserbringer nicht zu tragen haben. Allerdings könne diese Massnahme

⁸⁶ EuGH, Rs. C-507/03, *Kommission/Irland*, Urteil vom 13.11.2007.

⁸⁷ EuGH, Rs. C-260/04, *Kommission/Italien*, Slg. 2007, I-7083.

⁸⁸ EuGH, Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium*, Urt. v. 13.12.2007.

durch Anliegen der Kulturpolitik gerechtfertigt werden, denn sie solle den pluralistischen Charakter des Fernsehprogrammangebots im zweisprachigen Gebiet Brüssel-Hauptstadt erhalten und den Zugang aller Fernsehzuschauer zu einem pluralistischen und vielfältigen Programmangebot gewährleisten. Eine solche Regelung sei geeignet sicherzustellen, dass den Zuschauern in Brüssel der Zugang in ihrer eigenen Sprache zu lokalen und nationalen Informationen sowie zu Programmen, die für ihre Kultur charakteristisch sind, nicht vorenthalten wird. Die Massnahme sei aber nur unter der Voraussetzung erforderlich, dass der Zugang zum „*must carry*“-Status“ in einem transparenten Verfahren gewährt werde und die relevanten Kriterien klar und vorhersehbar formuliert seien. Auch müsse der Status auf objektiven Kriterien beruhen, die geeignet sind, den Pluralismus sicherzustellen, in dem sie den Zugang u.a. zu überregionalen und nationalen Informationen in dem betroffenen Gebiet ermöglichen. Das Urteil ist insbesondere deshalb bemerkenswert, da der Gerichtshof den Mitgliedstaaten in diesem Bereich offenbar einen recht weiten Gestaltungsspielraum einräumt. Insbesondere fällt auf, dass der EuGH nicht die Frage erörtert, warum das grundsätzliche Angebot an entsprechenden Fernsehsendern zur Verfolgung der angestrebten Ziele nicht ausreichend ist, da die Zuschauer ihre Programme wählen können.

VIII. Abgaben- und steuerrechtliche Aspekte

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. C-76/05 (*Schwarz*) und Rs. C-318/05 (*Kommission/Deutschland*)

In den Rs. C-76/05⁸⁹ und C-318/05⁹⁰ ging es um eine deutsche Regelung, wonach Schulgeldzahlungen an Schulen in einem anderen EU-Mitgliedstaat – im Gegensatz zu Zahlungen an Schulen im Inland – nicht als einkommenssteuerermindernd berücksichtigt werden können. Aus rechtlicher Sicht stehen drei Problemkreise im Zentrum des Interesses:

- In einem ersten Schritt bejahte der Gerichtshof – im Anschluss an seine Rechtsprechung⁹¹ und unter Hinweis darauf, dass das in Art. 49 EGV vorausgesetzte Entgelt auf eine wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung Bezug nehme – das Vorliegen einer Dienstleistung für den Fall von Unterricht an Bildungseinrichtungen, die im Wesentlichen aus privaten Mitteln finanziert werden. Keine Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EGV liege dagegen vor bei Leistungen des staatlichen Bildungssystems, mit dem keine gewinnbringende Tätigkeit verfolgt werde. Unerheblich sei, ob die Bildungseinrichtung durch die Schüler bzw. ihre Eltern finanziert werde, da die Dienstleistung nicht von demjenigen bezahlt werden müsse, dem sie zugute kommt. Nicht ganz klar ist damit, ob eine Gewinnerzielungsabsicht für die Bejahung einer Dienstleistung gegeben sein muss, was gerade bei Privatschulen, die sich nicht nur durch Schulgeld, sondern auch (ggf.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-76/05, *Schwarz*, Slg. 2007, I-6849.

⁹⁰ EuGH, Rs. C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2007, I-6957.

⁹¹ EuGH, Rs. C-109/92, *Wirth*, Slg. 1993, I-6447, Rn. 17.

hauptsächlich) aus anderen Quellen (Stiftungen usw.) finanzieren, nicht zwingend der Fall ist. Trotz der in dieser Hinsicht missverständlichen Formulierung des Gerichtshofs dürfte diese Frage zu verneinen sein, denn massgeblich ist das Vorliegen eines Entgelts, das an sich schon den wirtschaftlichen Charakter einer Tätigkeit begründet. Weiter dürfte aus dem Urteil zu schliessen sein, dass es bei der Frage, ob die Angebote einer Bildungsstätte unter Art. 49 EGV fallen oder nicht, ausschliesslich auf die private Organisation, nicht hingegen auf die Höhe des Schulgelds ankommt, da eine Dienstleistung auch Dritten zugute kommen kann. Damit sind also ggf. Zuwendungen von Stiftungen zugunsten einer Schule als Entgelt im Sinne des Art. 49 EGV anzusehen. Somit wird eine private anders als eine staatliche Finanzierung behandelt, wobei die Gründe hierfür offenbar im staatlichen Bildungsauftrag liegen, angesichts der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 49 EGV auch auf staatliche Leistungen ein nicht ganz unproblematischer Ansatz, zumal dieser für andere staatliche Leistungen – etwa Zutritt zu Museen – nicht durchgehalten wird. Denn der EuGH qualifiziert die Leistungen der Museen als Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrages,⁹² obwohl auch hier – insofern parallel zu staatlichen Bildungseinrichtungen – eine staatliche Aufgabe wahrgenommen wird.

- Eine Beschränkung des Art. 49 EGV liege schon deshalb vor, weil die fragliche Regelung aufgrund des nicht möglichen steuerlichen Abzugs die in Deutschland wohnhaften Steuerpflichtigen davon abhalten könne, ihre Kinder in Privatschulen in einen anderen Mitgliedstaat zu schicken.
- Eine Rechtfertigung sei nicht ersichtlich: Erstens handle es sich nicht um eine „Subventionierung“ ausländischer Schulen, sondern lediglich um eine steuerliche Vergünstigung. Zweitens könne die Anerkennung von Privatschulen in Deutschland schon deshalb nicht angeführt werden, weil das Gesetz für diese keinerlei Kriterien aufstelle, so dass ausländische Schulen allein wegen ihrer Situierung im Ausland nicht erfasst werden könnten. Man wird daraus ableiten können, dass im Falle der Formulierung solcher Kriterien diese auch die Anerkennung im Ausland situierter Schulen ermöglichen müssen, so dass „objektive“ Kriterien, die an die Schule selbst, nicht an ihre Situierung, anknüpfen, aufzustellen wären. Drittens sei die Vermeidung einer Verringerung des Steueraufkommens kein zwingender Grund des Allgemeininteresses. Schliesslich könne auch nicht geltend gemacht werden, dass die Abzugsfähigkeit eine übermässige finanzielle Belastung für Deutschland darstelle, die die Qualität des gesamten Bildungsangebots in Frage stellen könnte,⁹³ denn als milderer Mittel habe jedenfalls die Beschränkung der Abzugsfähigkeit auf dasselbe Niveau wie für Schulgelder, die im Inland situierten Schulen zugute kommen, zur Verfügung gestanden.

Weiter bejahte der EuGH für den Fall, dass Art. 49 EGV mangels des Vorliegens einer Dienstleistung nicht einschlägig ist, eine Beschränkung der in Art. 18 EGV garantierten Freizügigkeit für Unionsbürger: Denn die Massnahme führe dazu, dass den betroffenen Kindern die Ausübung ihres

⁹² So offenbar EuGH, Rs. C-45/93, *Kommission/Spanien*, Slg. 1994, I-911.

⁹³ So die Erwägungen der Bundesrepublik Deutschland unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119.

Freizügigkeitsrechts erschwert werde. Der EuGH stellt hier also auf das Vorliegen einer Beschränkung ab, wobei seine Formulierungen die Annahme nahe legen, dass hier ähnliche Massstäbe zum Zuge kommen sollen wie bei der Feststellung einer Beschränkung im Rahmen der Grundfreiheiten.

Der EuGH stellt mit diesen Urteilen auch das Verhältnis des Art. 18 EGV zu Art. 49 EGV (wobei diese Erwägungen auch für Art. 39, 43 EGV gelten⁹⁴) im Anschluss an die Rs. C-92/01⁹⁵ und C-208/05⁹⁶ klar: Art. 49 EGV stelle eine „besondere Ausprägung“ des Art. 18 EGV dar, so dass letzterer im Falle der Einschlägigkeit des Art. 49 EGV für einen bestimmten Sachverhalt nicht heranzuziehen sei. Dies ist insofern zu begrüßen, als auf diese Weise für einen Sachverhalt entweder eine Grundfreiheit oder Art. 18 EGV herangezogen werden kann, ein Grundsatz, der auch im Verhältnis von Art. 12 EGV zu den Grundfreiheiten vollumfänglich zum Zuge kommen sollte.⁹⁷ Trotz der in der jüngeren Rechtsprechung festzustellenden Annäherung der Auslegung der rechtlichen Tragweite des Art. 18 EGV einerseits und der Grundfreiheiten andererseits⁹⁸ kann diese Frage angesichts der für die Personenverkehrsfreiheiten – im Gegensatz zu Art. 18 EGV – geltenden sog. Bereichsausnahmen (Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung und Ausübung öffentlicher Gewalt, Art. 39 Abs. 4, 45 EGV) von erheblicher praktischer Bedeutung sein.

b) Rs. C-281/06 (*Jundt*)

In der Rs. C-281/06⁹⁹ präzierte der EuGH zunächst, dass auch dann eine Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EGV vorliege, wenn es um eine Lehrtätigkeit an einer öffentlich-rechtlichen Universität in einem anderen Mitgliedstaat gehe, die nebenberuflich und quasi ehreamtlich ausgeübt wird. Denn es gehe jedenfalls um eine Leistung wirtschaftlichen Charakters, für die ein Entgelt im Sinne des Art. 50 EGV entrichtet werde, woran auch der Umstand nichts ändere, dass die Gegenleistung gering sei und die Tätigkeit nicht mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeführt werde. Im Übrigen handle es sich auch nicht um eine Ausübung öffentlicher Gewalt, da es um eine private Lehrtätigkeit an einer Universität gehe. Vor diesem Hintergrund verstosse eine ungünstigere steuerliche Behandlung des Entgelts für Lehrtätigkeiten an inländischen und an ausländischen Universitäten gegen Art. 49 EGV. Eine Rechtfertigung aus Gründen der Förderung von Forschung und Entwicklung sei nicht möglich, da ein Mitgliedstaat nicht nur die Forschung und Entwicklung im eigenen Staat fördern dürfe, da dies in klarem Gegensatz zu den Zielen der Gemeinschaftspolitik in den entsprechenden Bereichen stehe (vgl. Art. 149, Art. 163 Abs. 2 EGV). Ebenso wenig könne die Kohärenz des Steuersystems

⁹⁴ Ausdrücklich für Art. 39 EGV EuGH, Rs. C-392/05, *Alevizos*, Slg. 2007, I-3505, Rn. 66. In diesem Urteil stellte der EuGH im Übrigen auch ausdrücklich klar, dass in Bezug auf Art. 39 Abs. 4 EGV (Bereichsausnahme der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung) der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zum Zuge kommt. Nicht ganz klar in dieser Hinsicht noch EuGH, Rs. C-47/02, *Anker*, Slg. 2003, I-10447.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-92/01, *Stylianakis*, Slg. 2003, I-1291, Rn. 18.

⁹⁶ EuGH, Rs. C-208/05, *ITC*, Slg. 2007, I-181, Rn. 64.

⁹⁷ Die neuere Rechtsprechung des EuGH geht denn auch in diese Richtung (vgl. aus dem Berichtszeitraum m.w.N. auf die ältere Rechtsprechung EuGH, Rs. C-40/05, *Lyyski*, Slg. 2007, I-99, Rn. 33; s. zu diesem Urteil auch die Besprechung oben), wenn auch noch gelegentlich Art. 12 EGV neben den Grundfreiheiten herangezogen wird (vgl. z.B. EuGH, Rs. C-45/93, *Kommission/Spanien*, Slg. 1994, I-911).

⁹⁸ Vgl. im Einzelnen hierzu *Astrid Epiney*, Zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2006, NVwZ 2007, 1012 (1017 f.).

⁹⁹ EuGH, Rs. C-281/06, *Jundt*, Urte. v. 18.12.2007.

diese Massnahme rechtfertigen, da kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Steuerbefreiung der von deutschen Universitäten gezahlten Aufwandsentschädigungen und einem Ausgleich dieses Vorteils durch eine bestimmte steuerliche Belastung vorliege.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens kommt bei mit der Rs. C-281/06 vergleichbaren Fällen ein Anspruch auf Gleichbehandlung gemäss Art. 2 FZA in Betracht. Dagegen gilt Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA (Anspruch auf gleiche steuerliche und soziale Vergünstigungen) nur für Arbeitnehmer, und Art. 19 Anhang I FZA (Nichtdiskriminierung der Dienstleistungserbringer) richtet sich nach seinem Wortlaut wohl nur gegen den Empfangsstaat. Gemäss Art. 2 FZA verbietet das Abkommen Diskriminierungen der Angehörigen der Vertragsparteien, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“. Da diese Vorschrift an Art. 12 EGV angelehnt ist, ist dieser bei der Auslegung zu beachten. Zugleich dürfte Art. 2 FZA als subsidiär anwendbares allgemeines Diskriminierungsverbot auch bestimmte Diskriminierungen erfassen, die im Gemeinschaftsrecht gemäss Art. 49 EGV verboten sind¹⁰⁰. Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 EGV dürfte ein Fall der Anwendung des Abkommens vorliegen, wenn die anspruchstellende Person sich in einer Situation befindet, die durch das Abkommen geregelt ist¹⁰¹. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Person sich auf dem Territorium einer anderen Vertragspartei befindet und dabei von einem Aufenthaltsrecht nach dem Abkommen Gebrauch macht. In einer dem vorliegenden Fall vergleichbaren Fallkonstellation verfügen die Dozierenden als Dienstleistungserbringer über ein Aufenthaltsrecht gemäss Art. 17 lit. a) Anhang I FZA und fallen somit in den Anwendungsbereich des Art. 2 FZA. Die Argumentation des EuGH zur Rechtfertigung dürfte sich ebenfalls auf das Abkommen übertragen lassen, da sie der vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung entspricht. Darüber hinaus dürfte es im Verhältnis Schweiz – EU auch deswegen nicht zulässig sein, nur die Forschung und Entwicklung im eigenen Staat zu fördern, da dies in klarem Gegensatz zu den Zielen des „bilateralen“ Forschungsabkommens stünde. Eine Rechtfertigung nach Art. 21 Abs. 2 FZA dürfte ebenfalls ausscheiden, wonach eine Unterscheidung zwischen Steuerpflichtigen gemacht werden kann, wenn diese sich – insbesondere hinsichtlich

¹⁰⁰ Vgl. für den parallelen Befund zur Arbeitnehmerfreizügigkeit BGE 129 I 399, E. 3.2.3, wonach Art. 2 FZA neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV auch das Verbot unterschiedlicher Behandlung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 39 Abs. 2 EGV für das Verhältnis Schweiz – EG übernehme.

¹⁰¹ EuGH, Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195, Rn. 10; vgl. hierzu *Armin von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EGV/EUV, Art. 12 EGV, Rn. 24 ff.; *Astrid Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EGV/EUV, Kommentar, 3. A., 2007, Art. 12 EGV, Rn. 14 ff.; *Thorsten Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. A. 2005, § 17, Rn. 21 ff.; *Ferdinand Wollenschläger*, Freizügigkeit ohne Markt, 2007, 212 ff.

ihres Wohnsitzes – nicht in vergleichbaren Situationen befinden. Diese Formulierung lehnt sich an die Rechtsprechung des EuGH¹⁰² an, welche somit bei der Auslegung zu berücksichtigen ist. Danach lässt sich im vorliegenden Fall gerade nicht feststellen, dass sich Dozenten bei Vorträgen im In- und Ausland nicht in einer vergleichbaren Situation befänden.

Hingegen dürften auf der Grundlage der bereits erwähnten (wenn auch nicht überzeugenden) Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die passive Dienstleistungsfreiheit nicht vom Abkommen erfasst werde¹⁰³, die Urteile in den Rs. C-76/05 und C-318/05 nicht auf das Abkommen übertragbar.

E. Schlussbemerkung

Auch der Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit im Jahr 2007 und ihre (mögliche) Relevanz für die Schweiz im Rahmen der Auslegung des FZA zeigt (einmal mehr) die kaum zu unterschätzende Relevanz dieser Rechtsprechung für die Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens, obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA an sich nur eine Berücksichtigungspflicht der bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung enthält. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass – von Ausnahmen abgesehen – die weiterentwickelte Rechtsprechung des EuGH insoweit vollumfänglich für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevant ist, als dessen Anwendungsbereich eröffnet ist. Insoweit geht es also im Bereich der Personenfreizügigkeit um eine „Teilintegration“ in den bestehenden und – trotz des grundsätzlich statischen Charakters des Abkommens – weiterentwickelten *acquis communautaire*¹⁰⁴.

¹⁰² Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225, Rn. 31 ff.

¹⁰³ S.o. D.IV.2.

¹⁰⁴ Vgl. zu diesem Aspekt *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 3), 1 ff.; *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), *Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht*, 2006, 77 (101 ff., 177 ff.).